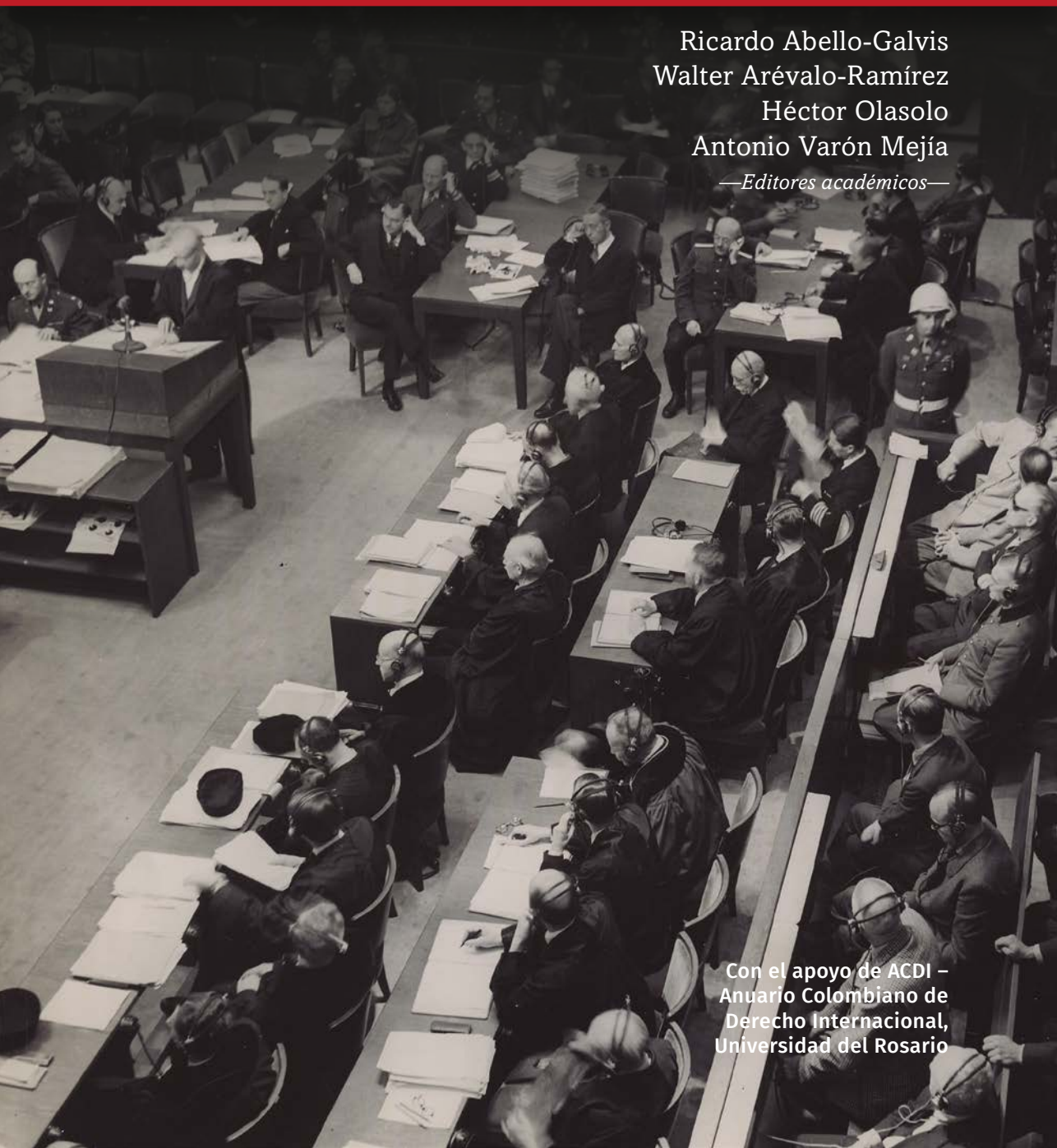
DIÁLOGOS Y CASOS IBEROAMERICANOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Ricardo Abello-Galvis
Walter Arévalo-Ramírez
Héctor Olasolo
Antonio Varón Mejía
—Editores académicos—



Con el apoyo de ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Universidad del Rosario

Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional

Ricardo Abello-Galvis
Walter Arévalo-Ramírez
Héctor Olasolo
Antonio Varón Mejía
(eds.)

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

ABELLO GALVIS, R., ARÉVALO RAMÍREZ, W., OLASOLO, H., and VARÓN MEJÍA, A., eds. *Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020, p. 544. ISBN: 978-958-784-505-1. Available from: https://books.scielo.org/id/n6jhb. https://doi.org/10.12804/urosario9789587845044.

All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribição 4.0.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimento 4.0.

Universidad del
Rosario

Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional

Apoyan:
Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)
Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)
Academia Colombiana de Derecho Internacional (ACCOLDI)
Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional (RELAREDI)
Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia
Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH)
Colegio de Abogados Rosaristas

Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional

Resumen

Este libro es producto de la investigación de diversas inquietudes, de veintidós investigadores de diez países iberoamericanos, en torno a los desarrollos jurisprudenciales y los debates contemporáneos del derecho internacional en materia derecho internacional penal, derecho internacional humanitario, justicia transicional y las necesidades cambiantes de su protección y desarrollo en el contexto de la globalización.

Esta investigación se instala en el contexto de una comunidad epistémica que se ha ido consolidando alrededor de las mesas temáticas que anualmente se reúnen en el Congreso Nacional de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario que, con el apoyo del *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, el Instituto Iberoamericano de La Haya, la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional, la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y el Colegio de Abogados Rosaristas, se ha consolidado como el epicentro de grandes debates y promotor de investigaciones en favor del desarrollo hemisférico del derecho internacional.

Palabras clave: derecho internacional, derechos humanos, procedimiento penal, administración de justicia penal, derecho internacional humanitario.

Ibero-American Cases and Dialogues on International Criminal Law, International Humanitarian Law, and Transitional Justice

Abstract

This book is the result of the investigation of matters of interest by twenty-two researchers from ten Ibero-American countries regarding the jurisprudential developments of international law and contemporary debates on international criminal law, international humanitarian law, transitional justice, and the changing needs of their protection and development in the context of globalization.

This research takes place within an epistemic community that has slowly become established around the annual thematic tables of the National Conference on International Law organized by the Faculty of Jurisprudence at the Universidad del Rosario. With the support of the *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, the *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, the Ibero-American Institute of The Hague, the Latin American Network of International Law Journals, the Ibero-American Perspectives on Justice Research Network, and the Universidad del Rosario Bar Association, this conference has consolidated itself as the epicenter of great debates and promoter of research in favor of the development of international law in the hemisphere.

Keywords: International law, human rights, criminal procedure, administration of criminal justice, international humanitarian law.

Citación sugerida / Suggested citation
Abello-Galvis, R., Arévalo-Ramírez, W., Olasolo, H. y Varón Mejía, A. (eds.). *Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional.* Bogotá, D. C.: Editorial Universidad del Rosario, 2020.
https://doi.org/10.12804/urosario9789587845044

Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional

Ricardo Abello-Galvis
Walter Arévalo-Ramírez
Héctor Olasolo
Antonio Varón Mejía
—Editores académicos—

Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional / Ricardo Abello Galvis, Walter Arévalo Ramírez, Héctor Olasolo, Antonio Varón Mejía, editores académicos. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020.

xxxvii, 506 páginas
Incluye referencias bibliográficas.

1. Derecho internacional – Estudio de casos. 2. Derechos humanos. 3. Procedimiento penal (Derecho internacional). 4. Administración de justicia penal. 5. Derecho internacional humanitario. I. Camarillo Govea, Laura Alicia. II. Jiménez Sánchez, Daniel. III. Coronel Ojeda, Esteban. IV. Pascual Lagunas, Eulalia. V. Farinella, Favio. VI. Gil Osorio, Juan Fernando. VII. Macana Gutiérrez, Nataly. VIII. Cortés Beltrán, Sergio. IX. Juárez García, Silvia Patricia. X. Urueña Sánchez, Mario Iván. XI. Dermer, Miriam XII. Choconta Solano, Lizeth Judith. XIII. Mora Cuervo, Ruth Astrid. XIV. Bonilla Montenegro, Julián Darío. XV. Quintana, Juan José. XVI. Bonet Pérez, Jordi. XVII. Sales Juárez, Mónica Alejandra. XVIII. Castro, Soledad I. XIX. Danessa, Sofía Josefina XX. Universidad del Rosario. XXI. Título.

341.481 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. CRAI

JAGH Septiembre 11 de 2020

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Universidad del Rosario

© Editorial Universidad del Rosario
© Universidad del Rosario
© Varios autores

Imágenes de cubierta:
Frente: *Fotografías de los juicios de Nuremberg*, 1945-1946. Colección del Museo Conmemorativo del Holocausto de los Estados Unidos, regalo de Elizabeth Duddy. Fotógrafo: Elizabeth Duddy
Contraportada: *Fotografía del juicio por crímenes de guerra de Nuremberg*, 1946. Catálogo de Archivos Nacionales. Identificador local:111-SC-226821. Fotógrafo: Tonne

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501
Tel: 2970200 Ext. 3112
editorial.urosario.edu.co

Primera edición: Bogotá D. C., 2020

ISBN: 978-958-784-504-4 (ePub)
ISBN: 978-958-784-505-1 (pdf)
https://doi.org/10.12804/urosario9789587845044

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Ludwing Cepeda Aparicio
Diseño de cubierta y diagramación:
Precolombi EU-David Reyes

Hecho en Colombia
Made in Colombia

Los conceptos y opiniones de esta obra son responsabilidad de sus autores y no comprometen a la Universidad ni sus políticas institucionales.

El contenido de este libro fue sometido al proceso de evaluación de pares, para garantizar los altos estándares académicos. Para conocer las políticas completas visitar: editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial de la Universidad del Rosario.

Contenido

Los autores ..... **xix**

Introducción y metodología de las tres macrocuestiones abordadas en la obra ..... **xxv**
Ricardo Abello-Galvis
Walter Arévalo-Ramírez

Prólogo académico ..... **xxix**
Héctor Olasolo
Antonio Varón Mejía

Parte i
Debates contemporáneos y casos de estudio sobre globalización, derecho internacional público, dih y derecho internacional penal

Las consecuencias para el *ser humano medio* de construir la globalización sobre un modelo de desarrollo glocal: posibles respuestas **3**
Héctor Olasolo

Introducción: el *ser humano medio* como contexto situado de reflexión 5
1. La invisibilidad del *ser humano medio* en la actual sociedad global 7

2. Las consecuencias de construir la globalización sobre un modelo de desarrollo *glocal* para la justicia ananmética y su impacto sobre la corrupción asociada al crimen transnacional organizado 11
4. La apropiación por la racionalidad neoliberal de la *ciudadanía global* del discurso ambivalente de los derechos humanos 16
5. La cuestión de la multi/inter/trans-culturalidad del fundamento de los derechos humanos 19
6. ¿Cuál es la respuesta de los organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos ante el modelo de desarrollo *glocal* y la invisibilización del *ser humano medio* promovidos por la transculturalidad neoliberal de la ciudadanía global? 22
7. ¿Qué ofrecen las iniciativas de diálogo intercultural e interreligioso como alternativa al modelo de desarrollo *glocal* y a la invisibilización del *ser humano medio* promovidos por la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*? 27
Conclusión 28
Bibliografía 30

El muro fronterizo entre Estados Unidos y México: la tentación de violar derechos humanos 37
Laura Alicia Camarillo Govea

A manera de introducción 38
1. Elementos a considerar para construir un muro 39
1.1. Sobre la existencia de tensiones "legales" entre EE.UU. y México en el ámbito internacional 39
1.2. Sobre el uso del término "muro" 42
1.3. Sobre la pertenencia de Estados Unidos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: algunas precisiones 43
1.4. Imposición de aranceles por no reducir la migración 45
2. Sobre la política migratoria de Estados Unidos y sus inconvencionalidades (análisis a la luz del derecho internacional de los derechos humanos) 45
2.1. Código de Estados Unidos, Título 12, Sección 1325 46

2.2. Orden Ejecutiva 13767 del 25 de enero de 2017 49
2.3. Política de tolerancia cero del 6 de abril de 2018 51
2.4. Efectividad de la Sección 235 (b) (2) (c) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad del 20 de diciembre de 2018 que entró en vigor 20 de enero de 2019 52
Conclusiones 54
Bibliografía 55

La creación de la Guardia Nacional en México, sus retos en materia de seguridad pública, a fin de garantizar la seguridad e integridad de las personas, como un derecho humano 59
Daniel Jiménez Sánchez

Introducción 61
1. La creación de la Guardia Nacional en México 61
1.1. Integración de la Guardia Nacional 62
2. Narcotráfico y crimen organizado en México 63
2.1. El crimen organizado, un problema en materia de seguridad en México 64
2.2. Las Fuerzas Armadas de México 65
2.3. Las Fuerzas Armadas en apoyo a la seguridad publica en México 66
2.4. ¿Por qué las Fuerzas Armadas en México deben auxiliar a la Policía en sus funciones de seguridad pública? 70
2.5. Marco jurídico que faculta a las Fuerzas Armadas en México para auxiliar a la Policía en funciones de seguridad pública 71
2.6. ¿Cómo deben de actuar las Fuerzas Armadas en auxilio a la seguridad pública en México? 77
3. Difusión y enseñanza a las Fuerzas Armadas en materia de seguridad pública y uso y empleo de la fuerza 84
3.1. Se necesita una ley general y una ley de procedimientos que regule la actuación de la Guardia Nacional y de las Fuerzas Armadas en funciones de seguridad pública 84
Conclusión 86
Bibliografía 87

Análisis de la "cosa juzgada fraudulenta" desde el derecho internacional. ¿Hacia dónde caminamos?..... 91
Esteban Coronel Ojeda

1. A manera de avance 92
2. El nacimiento de la cosa juzgada fraudulenta en el derecho internacional..... 96
3. Evolución y aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta..... 99
4. Los dilemas en la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta desde el derecho internacional..... 104
   4.1. Un derecho que no obliga. *Soft law* 104
   4.2. La soberanía de los Estados 105
   4.3. La independencia judicial..... 109
5. ¿Hacia dónde caminamos? 111

Bibliografía 115

El patriarcado como arma de guerra: una reflexión sobre la violencia sexual en conflicto 117
Eulalia Pascual Lagunas

Introducción 118
1. Configuración jurídica de los crímenes de violencia sexual: sexo, género y el bien jurídico protegido..... 119
2. Reflexión sobre la configuración de algunos de los crímenes de violencia sexual en conflicto..... 122
   2.1. Esclavitud sexual..... 123
   2.2. Matrimonio forzado y esclavitud doméstica..... 125
   2.3. Prostitución forzosa 126
3. Una reflexión sobre la violencia sexual como tortura 127
4. Cambios de paradigma en el concepto de víctima 129
5. Una justicia restaurativa con visión de género 130
   5.1. ¿Qué delito es más grave? Los límites de una justicia retributiva sin visión de género..... 131
   5.2. Un concepto de daño en femenino 132
6. Reparaciones con perspectiva de género..... 134
   6.1. Indemnizaciones económicas 135

6.2. Medidas de atención médica y psicológica 135
6.3. El derecho a la verdad y el reconocimiento público a las víctimas..... 136
6.4. Garantía de no repetición..... 136
Bibliografía 137

El derecho internacional aplicable a los ciberataques 141
Favio Farinella

Introducción 142
1. Normativa internacional y regional aplicable directamente a los ciberataques 144
2. La aplicación de las reglas y principios del derecho internacional humanitario a los ciberataques..... 149
2.1. Los ciberataques y la neutralidad 154
2.2. El principio de distinción..... 155
2.3. Objetivos legítimos y ataques indiscriminados..... 156
2.4. Los combatientes y la participación directa en las hostilidades 158
Conclusiones..... 160
Bibliografía 161

Hacia una acertada judicialización de las violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH por parte de los grupos armados organizados (GAO) en Colombia 165
Juan Fernando Gil Osorio

Introducción 167
1. Los GAO como aparatos organizados de poder en punto de autoría mediata..... 168
2. La naturaleza jerárquica de los GAO..... 172
3. Problemas consecuentes a la polinomia de los grupos armados ilegales..... 178
Conclusiones..... 180
Bibliografía 183

La responsabilidad penal de los terceros civiles en el conflicto desde una aproximación constitucional 187
Nataly Macana Gutiérrez

Introducción 188
1. Justicia transicional 189
1.1. Concepto de justicia transicional 189
1.2. La verdad como elemento de la justicia transicional 193
1.3. El Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR) 195
2. Naturaleza de la Jurisdicción Especial para la Paz 196
3. Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz sobre los terceros civiles 199
3.1. El juicio de sustitución constitucional 202
3.2. El juicio de sustitución del artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017 203
Conclusiones 207
Bibliografía 207

Cuestiones de derecho internacional del derecho animal: su protección en el derecho internacional privado, penal y comparado 211
Sergio Cortés Beltrán

Antecedentes 213
1. Regulación de los animales en el derecho comparado 213
1.1. Unión Europea 213
1.2. Alemania 214
1.3. Austria 215
1.4. Reino Unido 216
1.5. Francia 218
1.6. Estados Unidos 219
1.7. Argentina 220
1.8. Bolivia 221
1.9. Colombia 222
1.10. Chile 223
2. Problemas de la parte general del derecho internacional privado que plantean los animales 224

2.1. Conflictos de calificación 224
2.2. Conflicto móvil 225
2.3. El orden público y las normas de policía..... 226
3. Problemas de la parte especial del derecho internacional privado que plantean los animales: del estatuto real al estatuto personal 227
Bibliografía 229

Crímenes de lesa humanidad juzgados bajo la aplicación de normativa interna y del derecho penal internacional en Guatemala 231
Silvia Patricia Juárez García

1. El conflicto armado interno en Guatemala..... 232
2. Comisión para el Esclarecimiento Histórico 233
3. Firma de la paz en Guatemala..... 235
4. Víctimas del conflicto armado 235
5. Las mujeres de Alta Verapaz y el conflicto armado interno 237
6. Casos emblemáticos de crímenes internacionales de lesa humanidad en Guatemala, caso Ríos Montt 239
7. Caso Sepur Zarco 241
8. El derecho internacional, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario 242
9. Del tipo penal de delitos contra los deberes de humanidad 244
10. Denuncia ante los tribunales de justicia penal de Guatemala 245
11. La sentencia emitida por Tribunal Penal de Guatemala en el caso Sepur Zarco 248
12. Reparación digna y transformadora 252
Bibliografía 253

El derecho internacional, la regulación de las compañías militares y de seguridad privada (CMSP) y el mercenarismo: análisis y desafíos..... 255
Mario Iván Urueña Sánchez

Introducción 256
1. Análisis..... 257
1.1. Niveles de análisis 258

1.2. Las fuentes 263
2. Desafíos 266
2.1. Tipificación de empresas y personal 266
2.2. Responsabilidad de los Estados y las compañías 272
Conclusión 275
Bibliografía 276

La tensión comercio-cultura: una tensión olvidada en derecho internacional público 279
Miriam Dermer

Introducción 280
1. La cultura en los tratados de libre comercio de Colombia 285
1.1. El enfoque de la cultura colombiana en los TLC 286
2. Políticas culturales en Colombia y actores locales 287
3. Hacia una definición concepto de *win-set*: el caso de la Convención del 2005 de la Unesco y las políticas culturales de Colombia 290
3.1. Las instituciones en el nivel interno 297
Conclusiones 303
Los límites de la investigación 303
Los resultados más sobresalientes de la investigación 303
Bibliografía 305

Parte 2
Debates sobre justicia transicional

Justicia restaurativa hacia la formación de la comunidad, con fundamento en los derechos humanos 321
Lizeth Judith Choconta Solano
Ruth Astrid Mora Cuervo

Introducción 322
1. Antecedentes de la concepción de justicia restaurativa 323
2. Concepto e implicaciones de la justicia restaurativa 324
3. Justicia restaurativa y su trascendencia en el entorno comunitario 325

4. La justicia restaurativa y su disciplina social 328
5. Desafíos de la justicia restaurativa en el entorno educativo 330
Bibliografía 332

El uso de los principios del derecho blando (*soft law*) para la adecuación de los modelos normativos de la justicia transicional. La construcción de un proceso glocal 333
Julián Darío Bonilla Montenegro

Introducción 335
1. La controversia respecto de las fuentes 336
1.1. Las condiciones valorativas sobre el derecho blando 338
2. Justicia transicional. Aproximación teórica y contextos históricos 339
2.1. Desarrollo histórico de la JT 340
3. El traslado de la condición local a global y la condición de glocalidad 346
4. Los estándares de JT en el contexto colombiano 348
Conclusiones 352
Bibliografía 353

Parte 3
Debates sobre fondo y procedimiento en tribunales internacionales

La Corte Penal Internacional y la activación de su competencia sobre el crimen de agresión 359
Juan José Quintana

Introducción 360
1. El crimen de agresión en la Conferencia de Roma 360
2. Las Enmiendas de Kampala 362
3. Las discusiones sobre la activación de la competencia respecto de Estados no partes en las Enmiendas 368
4. La solución 371
5. Balance 373
Bibliografía 374

La jurisdicción extraterritorial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿una aproximación particular a la responsabilidad del Estado por actos ejecutivos fuera del propio territorio que vulneran los derechos humanos?..... 375
Jordi Bonet Pérez

Introducción 376
1. Aproximación al alcance de la jurisdicción del Estado Parte conforme al artículo CEDH en la jurisprudencia del TEDH..... 379
2. Una primera reflexión: ¿la jurisprudencia del TEDH es inclusiva de todo acto ejecutivo extraterritorial llevado a cabo por los Estados Partes?..... 386
3. La doctrina del TEDH sobre la jurisdicción frente a los actos ejecutivos extraterritoriales: ¿una aproximación particular?..... 392
   3.1. La especificidad de la jurisdicción en la doctrina del TEDH..... 392
   3.2. ¿Es la jurisprudencia del TEDH suficientemente coherente?..... 395
Consideraciones finales..... 401
Bibliografía..... 401

Progresividad: apreciación de los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los DESCA a la luz de la responsabilidad del Estado de Guatemala: caso Cuscul Pivaral y otros *c.* Guatemala..... 403
Mónica Alejandra Sales Juárez

1. Aproximación histórica al reconocimiento de los DESCA..... 404
2. Progresividad de los DESCA en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos..... 406
3. Rol garante e innovador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala..... 410
   3.1. De la progresividad y no regresividad..... 413
   3.2. Avance jurisprudencial a la luz de los DESCA desde la violación al derecho a la salud..... 418
Bibliografía..... 422

Aproximación al debate sobre la igualdad de armas en las jurisdicciones penales internacionales. Disparidades materiales e institucionales..... 423
Soledad I. Castro

1. El principio de igualdad de armas y sus implicancias jurídicas 425
2. La desigualdad material e institucional..... 428
3. La desigualdad material o de recursos..... 429
   3.1. Desigualdad material: hitos jurisprudenciales..... 431
   3.2. Evolución de los sistemas de asistencia legal en las jurisdicciones penales internacionales..... 435
4. La disparidad institucional 444
   4.1. Oficinas de la Defensa: vía interna..... 444
   4.2. Asociaciones internacionales de abogados defensores: vía externa..... 451
5. Reflexiones finales: igualdad de armas y legitimidad de los procesos 455

Bibliografía 458

El Tribunal Especial para el Líbano y el terrorismo 463
Sofía Josefina Danessa

1. Antecedentes y contexto normativo: dificultades para definir al terrorismo 464
2. Aproximaciones a la concepción del terrorismo como crimen internacional del Tribunal Especial para el Líbano..... 467
   2.1. El Tribunal Especial para el Líbano es un tribunal híbrido..... 467
   2.2. Mandato del Tribunal Especial para el Líbano 470
   2.3. La cuestionada definición de terrorismo: argumentos del tribunal y análisis crítico 471

Conclusiones..... 478
Bibliografía 480

La recepción y desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad internacional del Estado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de los criterios de atribución de conductas al Estado: el hecho ilícito en el tiempo y las formas de reparación integral 483

Ricardo Abello-Galvis

Walter Arévalo-Ramírez

Introducción 485

Los criterios de atribución de conductas al Estado del Proyecto de la CDI en la jurisprudencia de la Corte IDH 487

Formas de reparación en el marco del Proyecto de la CDI y su expansión la jurisprudencia de la Corte IDH 495

Conclusión 503

Bibliografía 503

Los autores

Ricardo Abello-Galvis
Profesor principal de carrera académica de la Universidad del Rosario, miembro del Grupo Nacional ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) (2014-2025), agente de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva n.º 23), director/editor del ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, codirector de la Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y DIH, director de la Especialización en Derecho del Mar. Miembro del Consejo Académico de la Academia Augusto Ramírez Ocampo en representación de la ministra de Relaciones Exteriores de Colombia. Abogado de la Universidad del Rosario, DES (maestría) del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra, Suiza. Ha sido profesor invitado en las universidades de París X Nanterre (París), Lovaina-la-Nueva (Bélgica), Westminster (Londres), American University (Washington), Alfonso X El Sabio (Madrid), IEESFORD (El Salvador), Universidad de la Sabana, de los Andes, Sergio Arboleda, Externado de Colombia y en la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo (Bogotá). Expresidente de ACCOLDI (Academia Colombiana de Derecho Internacional), miembro de IHLADI (Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional). Miembro de SLADI (Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional). Miembro de la SFDI (Sociedad Francesa de Derecho Internacional), miembro de ASIL (American Society of International Law), miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y expresidente del Colegio de Abogados Rosaristas.

Walter Arévalo-Ramírez
Profesor principal de carrera de académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, máster en Derecho Internacional y asistente de investigación de la Stetson University College of Law, especialista en Derecho Constitucional, abogado y politólogo de la Universidad del Rosario, doctor en Derecho *summa cum laude* de la Universidad del Rosario. Tutor de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2019), *fellow* del Programa de difusión y perfeccionamiento del derecho internacional de la Oficina de Asuntos Legales de Naciones Unidas, investigador visitante de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas, la Universidad Ártica de Noruega (JCLOS) y la Universidad de Copenhague (iCourts). Miembro del Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Miembro del Consejo Académico de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional* y de la Integración (UBA-Argentina). Miembro del Consejo Académico de la *Revista de Direito International e Direitos Humanos UFRJ: Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)*. Miembro del consejo directivo de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. Profesor del Curso de Formación Diplomática de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Director de la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional.

Héctor Olasolo
Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Profesor titular de carrera en la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, donde dirige los programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (Anidip). Investigador calificado en categoría *senior* por Colciencias, presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Países Bajos), donde se desempeña además como coordinador general de la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y como director de la Colección del mismo nombre publicada junto con la editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Joaquín Herrera Flores

(Brasil), *senior lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

Laura Alicia Camarillo Govea
Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha en España, maestra en Asuntos Internacionales y licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1.

Daniel Jiménez Sánchez
Magíster en Derecho Penal y Justicia Internacional, UK-Unicri, Buenos Aires, Argentina. Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Clínica Jurídica Internacional, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia, capitán de Justicia Militar y licenciado en retiro del Ejército Mexicano, Integrante del Foro Internacional de Justica A. C., en Ciudad de México.

Esteban Coronel Ojeda
Doctorando por la Universidad de Valencia en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional. Línea de investigación: Derecho Internacional y Transicional de los Derechos Humanos. Máster en Derechos Humanos. Especialista en Derecho Penal. Publicación de artículos relacionados a los derechos humanos, penal y procesal. Fiscal en la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de Ecuador.

Eulalia Pascual Lagunas
Doctora en Derecho con la mención *cum laude* por la Universidad Autónoma de Barcelona. Es miembro de la Comisión de Justicia Penal Internacional del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, funcionaria del Ministerio de Justicia y Presidenta de la Asociación de Naciones Unidas de España. Es investigadora en materia de justicia penal internacional.

Favio Farinella
Ph.D., profesor, investigador. Universidad Nacional del Mar del Plata (UNMDP), UAI (Argentina). BSc. in International Relations and Politics,

Universidad de Londres (Reino Unido). Exbecario Universidad Nacional de Séul (Corea), Comisión Europea Programa Marie Curie y TMC Asser Institute (UE).

Juan Fernando Gil Osorio
Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Docencia Universitaria, especialista en Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados DICA. Coordinador académico de la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova y director del Observatorio de Derecho Operacional de la misma escuela.

Nataly Macana Gutiérrez
Abogada de la Universidad Santo Tomás, con estudios de LLM de la Universidad de Constanza, Alemania. Docente de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

Sergio Cortés Beltrán
Profesor asistente de Derecho Internacional Privado y de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Alberto Hurtado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2004). Magíster en Derecho Europeo e Internacional de la Universidad Libre de Bruselas en Bélgica (2010) y magíster en Contratación Comparada e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2015).

Silvia Patricia Juárez García
Abogada y notaria. Doctora en Ciencias Penales por la Universidad de San Carlos de Guatemala, magíster en Criminología por la Universidad de San Carlos de Guatemala y por la Universidad de La Habana, magíster en Derecho Penal por la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Mario Iván Urueña Sánchez
Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario (Colombia). Estudios de doctorado en Ciencia Política, Universidad de Quebec en Montreal (Canadá). Magíster en Geopolítica y Seguridad Global, Universidad de Roma La Sapienza (Italia). Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor del Grupo de Derecho Internacional, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

Lizeth Judith Choconta Solano
Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Candidata al título de magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia.

Ruth Astrid Mora Cuervo
Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Candidata a magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

Julián Darío Bonilla Montenegro
Abogado, Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciudadanía y Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Becario Convenio 728-2105, Colciencias. Docente Investigador, Universidad Libre de Colombia.

Jordi Bonet Pérez
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona e investigador principal del proyecto de investigación financiado por la Administración Central del Estado "La territorialidad como límite de la jurisdicción del Estado ante conductas de actores privados no estatales que repercuten en la efectividad de los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (DER2015-67026-P).

Juan José Quintana
Director de la Academia Diplomática de la Cancillería (Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia). Ha sido embajador en Ginebra y en La Haya, donde se desempeñó como coagente ante la

Corte Internacional de Justicia y representante ante la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Mónica Alejandra Sales Juárez
Abogada. Doctoranda en Derecho Constitucional Internacional y magíster en Criminología Aplicada de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magíster en Derecho Internacional, Derechos Humanos y Relaciones Internacionales de SAEJEE Business School.

Miriam Dermer
Doctoranda en Derecho de la Universidad del Rosario. Magíster en Ciencia Política de la Universidad de Quebec en Montreal y politóloga de la Universidad Nacional. Experta en temas del debate comercio-cultura y derecho internacional público. Docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia.

Soledad I. Castro
Miembro del Proyecto IUS de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Magíster en Estudios Internacionales, Universidad Torcuato Di Tella. Abogada, Universidad de Buenos Aires. Secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

Sofía Josefina Danessa
Abogada de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, magíster en Relaciones Internacionales UBA (2010). Consultora en Derecho Internacional Público de la Comisión Nacional del Límite exterior de la Plataforma Continental en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. Profesora de Derecho Internacional Público en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación, adjunta de la Dra. Frida Armas.

Antonio Varón Mejía
Abogado de la Universidad del Rosario con Especialización en Derecho Comunitario de la Universidad de París II Panteón-Assas. Profesor del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Introducción y metodología de las tres macrocuestiones abordadas en la obra

Ricardo Abello-Galvis[*]
Walter Arévalo-Ramírez[**]

Este libro es el producto de investigación de las distintas inquietudes de 22 investigadores de 10 países alrededor de los desarrollos jurisprudenciales y

---

* Profesor principal de carrera académica de la Universidad del Rosario. Miembro del Grupo Nacional ante la Corte Permanente de Arbitraje – CPA (2014-2025), agente de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva n.º 23), director / editor del ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, codirector de la Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y DIH, director de la Especialización en Derecho del Mar. Miembro del Consejo Académico de la Academia Augusto Ramírez Ocampo en representación del Sr. ministro de Relaciones Exteriores de Colombia. Miembro de SLADI – Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Miembro de la SFDI – Sociedad Francesa de Derecho Internacional, Miembro de ASIL – American Society of International Law. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y expresidente del Colegio de Abogados Rosaristas.

** Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Miembro del Consejo Académico de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (UBA-Argentina). Miembro del Consejo Académico de la Revista de Direito International e Direitos Humanos UFRJ: Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Miembro del consejo directivo de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. Profesor del Curso de Formación Diplomática de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Director de la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional.

debates contemporáneos del derecho internacional en materia de derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y las necesidades cambiantes de su protección y desarrollo en el contexto de la globalización.

La investigación colectiva se instala en el contexto de una comunidad epistémica que se ha ido consolidando alrededor de las mesas temáticas que anualmente se reúnen en el Congreso Nacional de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, que con el apoyo del Anuario Colombiano de Derecho Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, el Instituto Iberoamericano de La Haya, la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional y el Colegio de Abogados Rosaristas se ha consolidado como el epicentro de grandes debates y promotor de investigaciones en favor del desarrollo hemisférico del derecho internacional y que para 2020 organiza su tercera conferencia en el segundo semestre.

La obra *Diálogos y casos iberoamericanos sobre derecho internacional penal, derecho internacional humanitario y justicia transicional* se divide en tres apartados temáticos. la primera parte, se dedica a los debates contemporáneos y casos de estudio sobre globalización, derecho internacional público, DIH y derecho internacional penal. La macropregunta que se abordó en esta sección y que fue distribuida a todas las mesas de investigadores fue la identificación y análisis de distintos fenómenos de desarrollos progresivos de carácter sustantivo del derecho internacional público, DIDH y derecho internacional penal en el contexto de la globalización. Metodológicamente, los autores podían elegir o la confrontación de paradigmas (ej., globalidad *vs*. localidad, universalidad del DIDH *vs*. margen nacional de apreciación) o presentar estudios de caso de desarrollos progresivos recientes en el contenido material de la rama del derecho internacional elegida, con una perspectiva hispano-iberoamericana. Como resultado de esta primera sección, se presentan doce estudios: Héctor Olasolo analiza las consecuencias para el ser humano medio de construir la globalización sobre un modelo de desarrollo glocal, Laura Alicia Camarillo Govea estudia el fenómeno del muro fronterizo entre Estados Unidos y México y sus efectos en los derechos humanos y, continuando con fenómenos glocales, Daniel Jiménez Sánchez analiza la creación de la Guardia Nacional en México, tanto desde la óptica de la seguridad como los derechos humanos.

Esteban Coronel desarrolla un análisis sobre el fenómeno de la "cosa juzgada fraudulenta" desde el derecho internacional y Eulalia Pascual Lagunas aborda el uso del patriarcado como arma de guerra. En concordancia con estas nuevas propuestas de investigación, Favio Farinella estudia el derecho internacional aplicable a los ciberataques. Juan Fernando Gil Osorio aborda el fenómeno de la judicialización de las violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH por parte de los grupos armados organizados (GAO) en Colombia, y Nataly Macana Gutiérrez estudia la responsabilidad penal de los terceros civiles en el conflicto desde una aproximación constitucional.

En la misma sección, Sergio Cortés Beltrán analiza de forma comparada la protección del derecho animal desde lo privado y lo penal, y Silvia Patricia Juárez García aborda los crímenes de lesa humanidad juzgados bajo la aplicación de normativa interna y del derecho penal internacional en Guatemala.

Finalmente, Mario Iván Urueña Sánchez aborda el fenómeno de las compañías militares y de seguridad privada (CMSP) y Miriam Dermer la tensión comercio-cultura, ambos desde su relación o colisión con el derecho internacional público.

La segunda parte de la obra se dedica a los debates recientes seleccionados por algunos investigadores en materia de justicia transicional. La pregunta principal de investigación de esta sección es indagar sobre la adecuación de modelos de justicia transicional a escenarios locales y la relación entre la comunidad y los ejercicios de justicia transicional. En esta sección, más específica, los autores eligieron un enfoque de análisis descriptivo-analítico de escenarios de justicia transicional locales inspirados en paradigmas teóricos de ese tipo de justicia. En esta, Lizeth Judith Choconta Solano y Ruth Astrid Mora Cuervo abordan el ámbito comunitario de la justicia restaurativa y Julián Darío Bonilla Montenegro, el uso de los principios del derecho blando (*soft law*) para la adecuación de los modelos normativos de la justicia transicional.

La tercera parte de la obra aborda el cada vez más completo mundo de los desarrollos de materias de fondo y procedimiento ante tribunales internacionales. La premisa fundamental que sustenta las preguntas de investigación elegidas por los investigadores de esta sección es la relación indisoluble entre el procedimiento ante los tribunales internacionales, con sus desarrollos jurisprudenciales. Los investigadores de esta sección

identifican desarrollos del derecho internacional en la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales y su relación tanto con las reglas primarias propias de cada tribunal, con sus procedimientos y normas secundarias. Juan José Quintana presenta el proceso frente a la Corte Penal Internacional en cuanto a la activación de su competencia sobre el crimen de agresión y el debate en la conferencia de Estados Parte. Jordi Bonet estudia y sistematiza las cuestiones recientes en materia de la jurisdicción extraterritorial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mónica Alejandra Sales Juárez desarrolla los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los DESCA a la luz de la responsabilidad del Estado de Guatemala.

Soledad I. Castro desarrolla el debate sobre la igualdad de armas en las jurisdicciones penales internacionales, Sofía Josefina Danessa analiza al Tribunal Especial Para el Líbano frente al terrorismo y, finalmente, Ricardo Abello-Galvis y Walter Arévalo-Ramírez estudian el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad internacional del Estado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de los criterios de atribución de conductas al Estado, el hecho ilícito en el tiempo y las formas de reparación integral.

Los autores desean que tan variada selección de temas y aproximaciones contribuyan a la fijación de una doctrina iberoamericana en los debates de derecho internacional público en los escenarios del DIDH, el derecho internacional penal y la justicia transicional, desde los tribunales internacionales y su jurisprudencia.

Prólogo académico*

Héctor Olasolo**
Antonio Varón Mejía***

El II Congreso de Derecho Internacional ("el II Congreso") celebrado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá,

---

* Tanto el II Congreso de Derecho Internacional como el presente libro que recoge trabajos de investigación de los ponentes han tenido lugar en desarrollo del proyecto de investigación: "Fortalecimiento en Materia de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Red Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y la Red Latino-Americana de Revistas y Publicaciones de Derecho internacional" (2019), financiado por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), y cuyo investigador principal es el Prof. Antonio Varón Mejía. La presente editorial se basa en buena medida en el siguiente trabajo publicado en el segundo semestre de 2018: H. Olasolo, E. Carnero Rojo, D. Seoane, y L. Carcano Fernández, "El limitado alcance de las Actuaciones de la Corte Penal Internacional en su Decimoquinto Aniversario y sus Posibles Causas", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, vol. 4, cap. 11, 396-450. https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/coleccion-perspectiva-iberoamericana-sobre-la-justicia/volumen-4-coleccion-alcance-y-limitaciones-de-la-justicia-internacional.

** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE.UU.). Profesor titular de carrera en la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, donde dirige los Programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (Anidip). Investigador calificado en categoría *senior* por Colciencias;

Colombia) los días 25 y 26 de abril de 2019, se dedicó a los *20 años de la Corte Penal Internacional* (CPI), contando con la presencia de las magistradas de la CPI Olga Herrera Carbuccia (2010-2019) y Sylvia H. Steiner (2003-2016) y con el apoyo institucional del Colegio de Abogados Rosaristas, el Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (Anidip), la Academia Colombiana de Derecho Internacional (ACCOLDI), la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional (Relaredi), la Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH).

En la mesa inaugural del II Congreso, las magistradas de la CPI y el profesor Héctor Olasolo abordaron, con la moderación del Prof. Ricardo Abello-Galvis, el joven legado de la CPI en el vigésimo aniversario de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional al término de la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma (Italia) entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998. Por esta razón, el equipo de editores de las Memorias del II Congreso hemos considerado oportuno incluir unas palabras sobre esta cuestión a título de *editorial académica*, que tengo el gusto de presentarles a continuación.

Los graves acontecimientos producidos desde enero de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia y desde abril de 1994 en Ruanda, y la creación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ('Consejo de

---

presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Países Bajos), donde se desempeña además como coordinador general de la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y como director de la Colección del mismo nombre publicada junto con la editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil). *Senior lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

*** [Llamado en la página anterior]. Licenciado en Derecho, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); LL.M. en Estudios Europeos, Universidad de París II Panteón-Assas (Francia). Profesor de Derecho en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador principal del proyecto de investigación: "Fortalecimiento en Materia de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Red Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y la Red Latino-Americana de Revistas y Publicaciones de Derecho internacional" (2019), financiado por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Ha sido director nacional de la sección de protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Así mismo, se ha desempeñado como director nacional de la sección de justicia juvenil restaurativa de la organización no gubernamental Terre des Hommes.

Seguridad') de las dos comisiones de expertos y de los Tribunales Internacionales Penales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, resultaron decisivos para que muchos gobiernos apoyaran la idea de establecer una Corte de carácter permanente, con jurisdicción material sobre los crímenes internacionales más graves. Para ello, se tomaron como base los proyectos de estatuto presentados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1992 y 1994, que nada tenían que ver con la propuesta inicialmente presentada por Trinidad y Tobago en 1989 de una Corte especializada en la lucha contra el narcotráfico.

Meses después de la creación del TIPR, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Asamblea General) estableció un Comité *ad hoc* cuyo mandato fue el de "revisar los principales temas sustantivos y administrativos que surgen del proyecto de estatuto preparado por la CDI y, a la luz de la revisión, examinar los arreglos para la convocatoria de la conferencia internacional de plenipotenciarios"[1]. El Comité advirtió las importantes diferencias entre los Estados en cuestiones tan importantes como la naturaleza jurídica del instrumento de creación de la CPI, el alcance y activación de su jurisdicción y las relaciones de la CPI con las jurisdicciones nacionales y con el Consejo de Seguridad. Además, los cinco miembros permanentes de este último veían con enorme recelo la creación de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente que pudiera menoscabar las competencias del Consejo en la determinación y el tratamiento de las amenazas y los quebrantamientos a la paz y los actos de agresión.

A diferencia de ocasiones anteriores, este recelo no paralizó las negociaciones, sino que, por el contrario, en un contexto de conferencias internacionales de derechos humanos y creación de nuevos tribunales internacionales penales, se formó una coalición de "Países Amigos" (miembros de la Unión Europea y una buena parte de países de África, América Latina y la *Commonwealth*) que, junto con los cientos (luego miles) de organizaciones no gubernamentales agrupadas en la Coalición por la CPI (CICC), promovieron su continuación.

---

[1] Asamblea General de las Naciones Unidas (17/02/1995). Resolución 49/53. *Establecimiento de una Corte Penal Internacional*.

Tras tres años de intensas negociaciones que llevaron, entre otras cosas, a un progresivo cambio de posición de dos de los integrantes del Consejo de Seguridad (Reino Unido y Francia), se convocó la mencionada Conferencia de Plenipotenciarios a celebrar en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, que con la adopción del Estatuto de la CPI (ECPI) por 120 votos a favor, 7 votos en contra y 21 abstenciones[2]. A pesar del amplio número de votos a favor, no pasó desapercibido que tres de los cinco miembros del Consejo de Seguridad (China, EE.UU. y Rusia), siete de las nueve potencias nucleares (los tres miembros del Consejo que acabamos de mencionar, India, Paquistán, Israel, y una Corea del Norte que ni siquiera participó en la Conferencia Diplomática) e importantes potencias regionales (incluyendo a Egipto, Indonesia, Irán, México y Turquía) se opusieron o abstuvieron en la votación final. Además, si bien es cierto que, a raíz del rápido proceso de ratificación del ECPI, Rusia primero (16 de noviembre de 2000) y EE.UU. e Israel después (31 de diciembre de 2000) firmaron el ECPI, lo cierto es que esta situación fue meramente transitoria, y apenas año y medio después EE.UU. e Israel declaraban que la firma presentada no tenía ningún valor[3], haciendo Rusia lo propio el 16 de noviembre de 2016.

Cuatro años después de su aprobación, el ECPI entraría en vigor el 1 de julio de 2002, después de que en abril de ese mismo año Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, RDC, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, Rumania y Eslovaquia depositaran las últimas ratificaciones necesarias para alcanzar las sesenta que el artículo 126 del ECPI requería a tal efecto. De esta manera, 130 años después de que Gustav Moynier hubiera propuesto por primera vez en Ginebra la creación de una jurisdicción internacional penal[4], y transcurridos más de cincuenta años desde que la Resolución

---

[2] La CPI fue creada por el ECPI aprobado en la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de junio de 1998. Los documentos oficiales de la Conferencia Diplomática se encuentran en UN Doc. A/CONF.183/13 (Vols. I a III).

[3] Esto fue considerado equivalente a la retirada de la firma. Véase Cacho, Y. "La posición de España y de la UE ante la campaña de EE.UU. contra la Corte Penal Internacional", (Estudios de derecho español y europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria. Universidad de Cantabria, 2009).

[4] En 1872, luego de que se desatara la guerra franco prusiana, Gustav Moynier, director de la CICR presentó en el marco de una conferencia de la CICR la propuesta de crear, por medio

260 (III) de la Asamblea General encargara a la CDI el estudio de su posible creación, se establecía un órgano jurisdiccional permanente para la declaración y ejecución de la responsabilidad internacional individual de carácter penal de quienes cometieran, a partir de la fecha de entrada en vigor del ECPI, los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, así como el crimen de agresión, una vez fuera definido.

Además, como confirmarían a partir de 2003 los documentos de política criminal de la Fiscalía de la CPI, las actividades de la CPI habrían de concentrase, en particular, en los "máximos responsables", entendidos como aquellos dirigentes que, desde el poder estatal, o no estatal, planearan, promovieran o favorecieran con sus acciones u omisiones el desarrollo de actos de violencia que fueran constitutivos de crímenes de la jurisdicción material de la CPI. El carácter complementario de la CPI no solo no afectaba esta situación, sino que la fortalecía, al atribuir a la CPI la función de i) incentivar a los Estados parte del ECPI (Estados Partes) para que cumplieran con sus deberes de investigación, enjuiciamiento y sanción penal de los responsables de dichos crímenes, así como de reparación integral a las víctimas; y ii) asumir directamente su ejecución ante la inacción, la falta de disposición o la falta de capacidad de los propios Estados Partes.

Sin embargo, las reticencias —cuando no oposición— de una parte muy importante de los principales actores de la comunidad internacional, unido a la concentración de sus actuaciones en los "máximos responsables", auguraban que las actuaciones de la CPI estarían plagadas de dificultades. Y así efectivamente ha sucedido, como ha quedado manifestado de manera paradigmática en los casos contra el actual presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta, y el hasta hace unos meses presidente de Sudán, Omar Al-Bashir, por poner solo algunos ejemplos.

En este último caso, la CPI se ha visto impotente durante casi una década para obtener la detención y entrega de Al-Bashir, a pesar de que su imputación fue fruto de la remisión de la situación en Darfur (Sudán) por el Consejo de Seguridad el 31 de marzo de 2005, y de que desde la

---

de un tratado, un tribunal penal de carácter permanente, ya que consideraba que solo por medio de sanciones morales o de la voluntad de los Estados de dar cumplimiento a los tratados ratificados no era suficiente para que se acataran las normas en materia de conflictos armados.

emisión de sus dos órdenes de arresto (4 de marzo de 2009 y 12 de julio de 2010) el imputado ha viajado a un 60% de los 122 Estados parte del ECPI. Sin embargo, estos se han negado a cooperar con la CPI, e incluso la Unión Africana emitió un comunicado el 13 de julio de 2009 en el que afirmaba que, dado que no se había hecho efectiva su solicitud al Consejo de Seguridad de suspender el caso contra Al-Bashir conforme al artículo 16 ECPI, sus miembros consideraban que no tenían el deber de cooperar con la detención y entrega de Al-Bashir a la CPI porque este último disfrutaba de las inmunidades a que se hace referencia en el artículo 98 del ECPI. Esta misma posición fue adoptada por el gobierno sudafricano durante la última visita oficial de Al-Bashir a Sudáfrica entre el 13 y el 15 de junio de 2015, lo que provocó que tanto su Corte Suprema de Apelaciones como la Sala de Primera Instancia II de la CPI declararan que Sudáfrica había violado sus obligaciones conforme al ECPI, a lo que el gobierno sudafricano respondió en octubre de 2016 iniciando el proceso de denuncia del ECPI, que posteriormente fue frenado por el Ejecutivo sudafricano.

En relación con los casos de Kenia, los obstáculos enfrentados por la Fiscalía de la CPI durante la preparación del caso contra el presidente Uhuru Kenyatta provocaron que la Fiscalía retirara los cargos antes del inicio del juicio oral. Entre estas dificultades destaca el hecho de que el acusado fuera presidente de la República de Kenia durante el juicio y de que su conducta potencialmente contribuyó a un clima contrario a la investigación de la Fiscalía en el terreno y a la hostilidad hacia las víctimas y los testigos que cooperaban con la CPI. En consecuencia, varios testigos de la Fiscalía decidieron no testificar por temor a su seguridad. Además, la CPI ha dictado órdenes de arresto contra tres personas sospechosas de haber corrompido a testigos de la Fiscalía residentes en Kenia para que retirasen sus testimonios incriminatorios a cambio de sumas de dinero. Así mismo, el gobierno de Kenia no ha cumplido con varias peticiones de cooperación hechas por la Fiscalía de la CPI, entre las que destaca la provisión de información detallada sobre la situación patrimonial del presidente Kenyatta.

Por otra parte, los cargos públicos de presidente y vicepresidente de la República, ocupados por los acusados en los casos de Kenia, han llegado a provocar la aprobación de una enmienda a las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI con el fin de que pudieran ausentarse de algunas sesiones

del juicio oral para atender sus obligaciones públicas extraordinarias. Esta modificación llegó después de que la Sala de Apelaciones admitiera la petición en este sentido del Sr. Ruto, vicepresidente de la República de Kenia.

Esto no ha significado, sin embargo, que todas las actuaciones de la CPI se hayan visto tan afectadas por las difíciles condiciones en las que ha operado desde su establecimiento efectivo el 1 de julio de 2002. De hecho, durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2002 y el 1 de julio de 2018, la CPI ha recibido más de diez mil comunicaciones de personas y organizaciones residentes en más de 140 Estados, realizando 24 exámenes preliminares, de los que 9 permanecían vigentes a la conclusión de este periodo (Afganistán, Colombia, Flotilla Humanitaria (Comoros, Grecia y Camboya), Gabón, Guinea, Irak, Nigeria, Palestina II y Ucrania), 11 habían dado lugar a la apertura de una investigación (Burundi, Costa de Marfil, Darfur, Georgia, Kenia, Libia, Mali, República Centro Africana I, RCA II, República Democrática del Congo y Uganda) y 5 habían concluido sin apertura de investigación (Honduras, Irak, Palestina I, República de Corea y Venezuela I). Además, para el 1 de julio de 2018 se habían abierto mediante la emisión de órdenes de arresto o comparecencia 25 casos, correspondientes a 41 imputados, en relación con todas las situaciones bajo investigación, excepto las relativas a Burundi, Georgia y RCA II, la situación procesal de los 41 imputados en dicha fecha era la siguiente: 8 condenados (4 por crímenes internacionales y el resto por delitos contra la administración de justicia), 1 absuelto, 4 en fase de juicio oral, 9 con cargos no confirmados, retirados, vacantes o inadmisibles, 15 fugitivos y 4 fallecidos sin condena.

Así mismo, desde el 1 de julio de 2002 hasta la decisión emitida la semana pasada por la Sala de Apelaciones en relación con la segunda decisión de la Fiscalía de no proceder a la apertura de la investigación sobre la situación relativa a la Flotilla Humanitaria (Comoros, Grecia y Camboya), la jurisprudencia de la CPI ha desarrollado un abundante acervo jurisprudencial en materia sustantiva, procesal y probatoria, que se extiende a todas las fases del procedimiento ante la CPI. Entre las cuestiones abordadas por el mismo cabe destacar la distinción entre los conceptos de situación (objeto de los exámenes preliminares y las investigaciones) y caso (objeto del resto de actuaciones procesales ante la CPI), la delimitación de

las competencias de la Fiscalía y la Sala de Cuestiones Preliminares en la adopción y revisión de la decisión de apertura de una investigación, el desarrollo de las distintas formas de responsabilidad sobre la base de la adopción del dominio del hecho como criterio de distinción entre autoría y participación, y la elaboración de toda una serie de principios de reparación que aborda las modalidades de reparación individual, colectiva y mixta.

Las dificultades en el desarrollo de los procedimientos ante la CPI arriba mencionadas sí han supuesto, sin embargo, que sus actuaciones no hayan tenido el alcance y desarrollo que se esperaba cuando se aprobó el ECPI en 1998. En consecuencia, se puede afirmar que, si bien las actuaciones de la CPI no se han visto paralizadas, han avanzado a un ritmo más lento del esperado. Además, han mostrado un marcado énfasis en las situaciones del continente africano.

Más allá de las dificultades inherentes a la puesta en marcha del complejo engranaje orgánico y procesal contenido en el ECPI, y a la disparidad en las diversas interpretaciones de las disposiciones sustantivas contenidas en el ECPI, existen causas más profundas que explican la limitada actividad de la CPI desde su creación, entre las cuales no se encuentra, en nuestra opinión, las tantas veces subrayadas limitaciones de naturaleza jurisdiccional.

Entre estas causas consideramos importante destacar en este momento las dos siguientes. En primer lugar, el hecho de que el ECPI no sea un acto legislativo de la comunidad internacional, sino de un grupo de Estados que, ante su inactividad, deciden crear la CPI en su nombre, porque, a pesar del amplio número de Estados Partes del ECPI (122 en este momento), lo cierto es que tres de los cinco miembros del Consejo de Seguridad (China, EE.UU. y Rusia), siete de las nueve potencias nucleares (las tres mencionadas más India, Paquistán, Israel y Corea del Norte) e importantes potencias regionales, que incluyen dos terceras partes del territorio y población mundial, siguen mostrando reticencia, cuando no oposición, a la actividad de la CPI. Esto hace que las actuaciones de la CPI se encuentren marcadas por fuertes tensiones en el ámbito de las relaciones internacionales.

En segundo lugar, el rechazo de la Fiscalía de la CPI a excluir a los más altos representantes del Estado en ejercicio entre el grupo de máximos responsables que son objeto prioritario de sus actuaciones, y la emisión de órdenes de arresto contra los presidentes de influyentes Estados africanos,

como Kenia o Sudán, han generado obstáculos significativos para el cumplimiento eficaz de sus funciones (sobre todo, ante la falta de cooperación de un buen número de Estados Partes). Esto también ha provocado el activismo de Kenia y Sudán para fomentar una creciente oposición hacia la CPI entre los países africanos que, en nuestra opinión, dista mucho de tener un carácter meramente coyuntural.

Las difíciles circunstancias en las que ha venido operando desde su creación no solo no parece que vayan a desaparecer en el medio plazo, sino que es muy probable que terminen agudizándose a la luz de toda una serie de nuevos factores, entre los que cabe destacar: i) las nuevas políticas de alejamiento del multilateralismo de la administración Trump; ii) el resurgimiento político-militar de Rusia y la reciente retirada de su firma del ECPI a raíz del tratamiento dado por la Fiscalía de la CPI a las situaciones en Georgia y Ucrania; iii) la creciente importancia de China en la economía y geoestrategia internacional; iv) la mayor vulnerabilidad de la Unión Europea y las imprevisibles consecuencias del Brexit; v) la creciente reticencia (cuando no oposición) hacia la CPI de una buena parte de países africanos; vi) el progresivo escepticismo hacia la CPI de ciertos países de América Latina, como Colombia, México y Venezuela; vii) el hecho de que desde el año 2012 el número de nuevas ratificaciones al ECPI haya caído a una por año; y viii) el previsible mantenimiento de los más altos representantes en ejercicio de los Estados entre el grupo de máximos responsables que son objeto prioritario de la actividad de la CPI.

En este contexto, las actuaciones de la CPI parecen estar abocadas a experimentar arduas dificultades durante los próximos años, como lo atestigua la reciente retirada del ECPI de Burundi (26 de octubre de 2017) y Filipinas (17 de marzo de 2019) y las reticencias que llevaron al gobierno malasio a decidir el 5 de abril de 2019 que por el momento Malasia no se convertirá en Estado Parte del ECPI.

Bogotá, 8 de septiembre de 2019

Parte I
Debates contemporáneos y casos de estudio sobre globalización, derecho internacional público, DIH y derecho internacional penal

Pregunta de investigación

La macropregunta que se abordó en esta primera sección por parte de sus autores fue la identificación y análisis de distintos fenómenos de desarrollos progresivos de carácter sustantivo del derecho internacional público, DIDH y derecho internacional penal en el contexto de la globalización. Metodológicamente, en los siguientes 12 capítulos, los autores han decidido elegir la confrontación de paradigmas (ej,. globalidad *vs*. localidad, universalidad del DIDH *vs*. margen nacional de apreciación) o presentar estudios de caso de desarrollos progresivos recientes en el contenido material de la rama del derecho internacional elegida, con una perspectiva hispano-iberoamericana.

Las consecuencias para el *ser humano medio* de construir la globalización sobre un modelo de desarrollo glocal: posibles respuestas[*]

Héctor Olasolo[**]

---

* La presente contribución desarrolla y actualiza el trabajo titulado "Reflexiones sobre la irrelevancia del *ser humano medio* para la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*", publicado en *70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la protección universal de los derechos humanos en cuestión*, editado por C. Proner, H. Olasolo, C. Villar Durán, C. Back y G, Ricobom, vol. 2. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores), 655-672. ISBN: 978-84-9190-026-9. Así mismo, hace parte del proyecto de investigación *Fortalecimiento en materia de derecho internacional penal y humanitario de la Red Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y la Red Latino-Americana de Revistas y Publicaciones de Derecho Internacional* (2019), financiado por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

** Profesor titular de carrera en la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, donde dirige los programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (Anidip). Investigador calificado en categoría *senior* por Colciencias; presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Países Bajos), donde se desempeña además como coordinador general de la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y como director de la Colección del mismo nombre publicada junto con la editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil). *Senior lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

Resumen

A diferencia de épocas anteriores, el tiempo comienza a pasar factura de manera inexorable ante la ausencia de una respuesta eficaz al modelo de desarrollo global-local (glocal) y a la invisibilización del ser humano medio, que promueve la transculturalidad neoliberal de la ciudadanía global. Las respuestas hasta ahora intentadas son lentas, tienen un alcance muy limitado y se enfrentan a numerosos obstáculos. Así, los organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos limitan en gran medida su actividad al ámbito de lo simbólico y las jurisdicciones nacionales que ofrecen recursos judiciales accesibles y a bajo costo contra las violaciones de derechos fundamentales se encuentran desbordadas. La función que puede desempeñar en este ámbito la justicia comunitaria se ve con frecuencia obstaculizada en aquellas áreas bajo la influencia o control de grupos armados organizados al margen de la ley y los procesos de diálogo intercultural e interreligioso siguen su curso de manera parsimoniosa, con sus avances y retrocesos. Ante esta inesperada, las numerosas reflexiones realizadas el año pasado con motivo del 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se presentan como una excelente oportunidad para dejar en un segundo plano las celebraciones de los hitos del pasado, y sumergirse en la articulación de una propuesta de futuro que pueda abordar de manera eficaz los profundos problemas que genera para el ser humano medio el modelo de desarrollo glocal impulsado por la transculturalidad neoliberal de la ciudadanía global.

Palabras clave: desarrollo, transculturalidad, neoliberalismo, ciudadanía global, ser humano medio, diálogo interreligioso, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Abstract

Unlike previous times, time inexorably begins to take its toll in the absence of an effective response to the *global-local (glocal)* development model and the invisibility of the average human being, which promotes the neoliberal transculturality of global citizenship. The responses so far attempted are slow, very limited in scope and face numerous obstacles. Universal and regional organizations for the protection of human rights largely limit their activity to the sphere of the symbolic and national jurisdictions that offer accessible

and low-cost judicial remedies against violations of fundamental rights are overwhelmed. The role that community justice could fulfil is often hampered in those territories under the influence and/or control of illegal organized armed groups. The processes of intercultural and interreligious dialogue move forward slowly. Given this unexpected situation, the numerous reflections made last year on the 70th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights are an excellent opportunity to leave aside celebrations for past milestones and to focus on the articulation of a proposal for the future that can effectively address the profound problems generated by the *glocal* development model driven by the neoliberal transculturality of global citizenship.

Keywords: development, transculturality, neoliberalism, global citizenship, average human being, interreligious dialogue Universal Declaration of Human Rights.

Introducción: el *ser humano medio* como contexto situado de reflexión

Más de doscientos tratados internacionales conforman en la actualidad el denominado *Código Internacional de los Derechos Humanos*, desarrollado a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y de los Pactos Internacionales de 1966 para los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, con sus respectivos protocolos[1]. Además, numerosas normas consuetudinarias y principios generales del derecho recogen una buena parte de los derechos previstos hace setenta años en la DUDH, habiendo algunos de ellos adquirido la naturaleza de derecho imperativo o *ius cogens*[2].

Sin embargo, esto no excluye los riesgos de abordar la promoción y protección de los derechos humanos sin estar "situado" en un contexto

[1] C. Villán Durán y C. Faleh Pérez, *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*, (Universidad de Alcalá de Henares y Asociación Española de Derechos Humanos), 2014.

[2] C. Fernández Liesa, *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, (Madrid: Thomson-Civitas, 2013); L. Ortiz, "Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, editado por C. Martin, D. Rodríguez-Pinzón, y J. A. Guevara, 23-48, (Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2004).

determinado, pues ello significa renunciar de antemano al análisis de las posibles controversias sobre ciertos aspectos de su reconocimiento, y al debate sobre el grado en que dicho reconocimiento se traduce, en última instancia, en disfrute efectivo[3]. Este ha sido, sin duda, uno de los principales problemas observados en muchos de los análisis que sobre el impacto de la DUDH se han realizado con motivo de su 70 aniversario.

Para ejemplificar esta situación basta con observar las distintas interpelaciones al presunto consenso universal sobre el contenido de la DUDH realizadas en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Islam* (DUDHI), aprobada por unanimidad en 1990 con motivo la decimonovena reunión de ministros de asuntos exteriores de la Organización de la Conferencia Islámica, a la que actualmente pertenecen 57 Estados con una población cercana a los 2.000 millones de personas. Así, según lo dispuesto en su Preámbulo, la DUDHI tiene como objetivo "proveer las pertinentes orientaciones generales para los Estados miembros en el ámbito de los derechos humanos", lo que se complementa en su artículo 24 al establecer que "todos los derechos y los deberes estipulados en la Declaración están sujetos a los preceptos de la Sharía islámica".

Sobre esta base, el artículo 5 de la DUDHI no prohíbe a los Estados la imposición de restricciones al matrimonio por razón de religión, porque, según la *sharía* islámica, la mujer musulmana no tiene derecho a casarse con un no musulmán. Además, la DUDHI tampoco recoge el derecho a cambiar de religión o creencia (reconocido expresamente en el artículo 18 de la DUDH), porque "el Islam es la religión indiscutible" (artículo 10 de la DUDHI), y la *sharía* islámica considera la apostasía del islam como uno de los crímenes más graves. Estos ejemplos muestran cómo Samir[4] ha señalado que, desde la perspectiva del islam, algunos de los derechos

---

[3] H. Olasolo, "Epílogo: Reflexiones sobre la irrelevancia del *ser humano medio* para la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*", en *70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la Protección Universal de los Derechos Humanos en cuestión*, editado por C. Proner, H. Olasolo, C. Villar Durán, C. Back y G. Ricobom, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, vol. 2, 655-672, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[4] S. K. Samir, *Cien preguntas sobre el islam. Entrevista a Samir Khalil Samir*, (Madrid: Ediciones Encuentro, 2003).

enunciados en la DUDH son en realidad fruto de la capacidad política y económica que ha tenido Occidente para imponerlos en el seno de la sociedad internacional[5].

Para evitar esta situación, que nos lleva a un discurso tecnocrático alejado del ser humano *de carne y hueso*[6], conviene aclarar desde un principio que las siguientes reflexiones se realizan desde el contexto situado del *ser humano medio*, lo que significa dejar a un lado las categorías sociológicas de clases alta, media y baja, que han sido ampliamente deformadas por los Estados, como lo muestra el caso de Argentina, donde, según su Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC), todas aquellas personas que ganan por encima del salario mínimo pasan automáticamente a formar parte de la clase media. Esto significa también prestar menor atención a los conceptos económicos de pobreza, extrema pobreza y desigualdad, que promueven un análisis casi exclusivamente centrado en aquella parte de la población que se encuentra en los extremos superior e inferior de la escala de ingresos, lo que condena a la irrelevancia el estudio de las condiciones de vida de aquel 60% de la población comprendido entre los deciles 3 y 8 de la escala de ingreso.

1. La invisibilidad del *ser humano medio* en la actual sociedad global

Lo primero que sorprende cuando se asume la perspectiva del *ser humano medio* es que apenas si existen estadísticas desagregadas de instituciones nacionales o internacionales que reflejen específicamente su situación en relación con el nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos DESC). De esta manera, brillan por su ausencia los estudios que aborden su nivel de educación (formal e informal), su nivel y condiciones de empleo (formal e informal), sus hábitos alimentarios, sus condiciones de acceso a la vivienda, la salud, el transporte y la educación primaria, secundaria y superior, su tiempo disponible para el ocio después del trabajo, su nivel de acceso a prestaciones por desempleo y a una

---

[5] Ibíd.

[6] J. Herrera Flores, "La riqueza humana como criterio de valor", en *El vuelo de anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, editado por J. Herrera Flores, (Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000).

pensión digna al finalizar su vida laboral, y el porcentaje de su ingreso mensual utilizado para la obtención de la canasta alimentaria básica y para la satisfacción del resto de derechos fundamentales arriba mencionados. Esta misma situación no es exclusiva de los países iberoamericanos, sino que se extiende a otras áreas geográficas y culturales, con independencia de su nivel de desarrollo, como lo muestran los casos de Corea del Sur, India o Sudáfrica, por poner solo algunos ejemplos.

En contraste con lo anterior, es fácil encontrar numerosas estadísticas agregadas sobre el nivel de satisfacción general dentro de un país y en la sociedad internacional en su conjunto de los derechos DESC. Entre ellas llama la atención que, según el Banco Mundial (2017), el 53% de los 7.350 millones de personas que habitaban el planeta en 2014 *sobrevivieran* con un ingreso medio que no superaba los tres dólares al día, cantidad que en el pasado equivalía al umbral de pobreza cuando este era construido exclusivamente sobre la base del ingreso medio[7]. Así mismo, no deja de sorprender que una parte muy importante de las estadísticas nacionales que se transmiten a los organismos internacionales de supervisión del grado de cumplimiento de los derechos DESC se realizan con base en datos obtenidos en los principales centros urbanos, dejando las zonas rurales y las áreas metropolitanas de pequeño o mediano tamaño al margen de este proceso.

Esta situación nos permite, en buena medida, comprender por qué aquellas jurisdicciones nacionales que ofrecen recursos judiciales accesibles y a bajo costo contra las violaciones de derechos fundamentales se encuentran en la actualidad prácticamente colapsadas, como se puede observar en Colombia, donde en 2016 se interpusieron más de 700.000 acciones de tutela. Así mismo, también ofrece una explicación sobre las razones por las que el *ser humano medio* es invisibilizado en nuestras sociedades, al concentrarse todos los esfuerzos (y los recursos) en construir las medias

---

[7] Banco Mundial, *Regional aggregation using 2011 PPP and $1.9/day poverty line*, (2017). En este documento se encuentra la estadística de varios años (2013, 2012, 2011, 2010, 2008, 2005, 2002, 1999, 1996, 1993, 1990, 1987, 1984, 1981) con base en la línea de pobreza extrema de $1,25. Para cambiar a una línea de pobreza de $3,00 es necesario modificar el espacio que se encuentra a la derecha en la tabla denominada: *Replicate the World Bank's regional aggregation,* tras las palabras: *"Second, input your poverty line"*.

agregadas, establecer las condiciones de los umbrales de pobreza y extrema pobreza, cuantificar qué parte de la población se encuentra bajo estos e identificar y aplicar los indicadores de desigualdad.

El nuevo modelo de globalización neoliberal, experimentado por regímenes militares en Suramérica tras la crisis del capitalismo de corte keynesiano a comienzos de la década de 1970, y desarrollado a nivel global en las tres últimas décadas tras la caída del Muro de Berlín (1989), ha intensificado la invisibilidad del *ser humano medio*, porque las redes de capital, trabajo, información y mercados, que han sido el auténtico motor de la construcción económica, socio-política y cultural de lo que se ha venido en denominar la *aldea global*, han operado con una doble dinámica: i) por una parte, han conectado, a través de la tecnología, las funciones, las personas y las "localidades" desde donde se gestiona el capital financiero acumulado (su alta rentabilidad se extrae con frecuencia de otros lugares) y en las que se han desarrollado grandes proyectos de desarrollo urbanístico; y ii) por otra parte, han desconectado de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su forma de funcionamiento[8].

Dos han sido las consecuencias principales de este modelo de desarrollo. En primer lugar, ha generado que en las áreas conectadas del sistema resida la llamada *ciudadanía global*, que determina las decisiones adoptadas en el ámbito de las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales transnacionales y los Estados. Dichas áreas acogen también a los principales conglomerados nacionales e internacionales de comunicación, así como a la vanguardia intelectual, cultural y científica del momento. Como resultado, salvo por crisis humanitarias, accidentes naturales, eventos deportivos o particularismos que sirven de entretenimiento, la información que ofrecen los medios se concentra en lo que sucede en las áreas conectadas y en lo que dicen y hacen quienes forman parte de las mismas[9].

---

[8] S. Mantilla, "Hacia una perspectiva 'glocal' del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales", *Papel Político* 14, n.º 2 (2009).

[9] H. Olasolo, *Derecho internacional penal, justicia transicional y crímenes transnacionales*, (Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2017). Salvando las distancias, es como si en las

En segundo lugar, el resto de las zonas rurales y urbanas del planeta se han convertido en áreas desconectadas, o en el mejor de los casos han podido conservar una conexión subordinada. Esto ha perjudicado en particular a las regiones fronterizas de muchos Estados que, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, se encuentran en la difícil posición de haberse quedado fuera de las redes del sistema global. Es precisamente en estos contextos en los que se desarrolla de manera más palpable la denominada *dinámica 'glocal'*, en cuanto que los recursos, las motivaciones, las estrategias y los discursos de los actores globales confluyen con el padecimiento de la violencia y el sufrimiento de sus consecuencias sociales, políticas y económicas en áreas locales bien definidas[10].

Como consecuencias de lo anterior, quienes no forman parte de la *ciudadanía global*, no son relevantes; como tampoco lo son las estadísticas desagregadas que buscan entender las condiciones de vida del *ser humano medio* en las zonas desconectadas o con conexión subordinada. La ironía magistral del inolvidable Cantinflas en su película *Su excelencia* (1967) refleja de manera intuitiva esta situación, cuando en la parte final de su discurso ante las Naciones Unidas como embajador de la República de los Pocos (caracterizada por no tener "poderío militar, ni político, ni económico, ni mucho menos atómico") reconoce que ha presentado su dimisión la noche anterior, y se ha convertido de esta manera en un "hombre común". En ese momento, se pone de manifiesto la palpable soledad del *ser humano medio* en un foro lleno de *ciudadanos globales*, que, tras los caprichosos aplausos con los que reciben el contenido de su extravagante discurso (en el que apela a la "buena voluntad" y denuncia la codicia desmedida), continúan con su *parafernalia* como si nada hubiese sucedido.

---

clases de geografía impartidas en la educación secundaria se utilizara con plena conciencia e intencionalidad un mapa que fuera manifiestamente contrario a las auténticas dimensiones geográficas de los diversos continentes porque su principal finalidad es reflejar el peso socio-económico de sus creadores (desafortunadamente, esta situación no es meramente hipotética, porque nuestros centros educativos siguen enseñando el mapa *Mercator*, que sobredimensiona Europa y Norteamérica, dejando en un segundo plano otros mapas como el de *Peters*, que dan buena cuenta de la subrepresentación de las proporciones geográficas de África y Suramérica).

[10] S. Mantilla, "Hacia una perspectiva 'glocal' del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales", *Papel Político* 14, n.º 2 (2009).

2. Las consecuencias de construir la globalización sobre un modelo de desarrollo *glocal* para la justicia ananmética y su impacto sobre la corrupción asociada al crimen transnacional organizado

La irrelevancia e invisibilidad del *ser humano medio* para el modelo de desarrollo *glocal* que ha impulsado la globalización en las últimas décadas tiene consecuencias importantes en el significado del entendimiento de la justicia como memoria y en la reacción de las poblaciones residentes en las áreas desconectadas, o con conexión subordinada, por escapar de la marginalidad.

Con respecto a la primera cuestión, conviene subrayar que el concepto de justicia como memoria, al que se denomina con el término "justicia ananmética", encuentra sus raíces en un grupo de filósofos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (Cohen, Buber, Rosenzweig y Kafka) que, con base en sus orígenes judíos, pudieron anticipar la marginalidad, exclusión y exilio que sufrirían décadas después los pensadores que les sucedieron en la denominada Escuela de Frankfurt (Benjamin, Adorno y Horkhaimer).

Con base en estas raíces, y a través de su alegoría del ángel caído de la historia, Benjamin es quien ha desarrollo un concepto más elaborado de la justicia ananmética, entendida como una mirada al pasado que trata de atribuir sentido a lo que hasta entonces es considerado como despojo y olvido[11]. De este modo, para Benjamin, el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la reevaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores[12].

Como el propio Adorno subraya[13], de esta manera se busca promover que las víctimas puedan reconstruirse del daño sufrido, superando con ello, si bien no olvidando[14], la propia condición de víctima en la que les

---

[11] W. Benjamin, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, (México: Contrahistoria, 2005).

[12] Ibíd.

[13] Adorno, *Minima moralia*, (Madrid: Akal, 2006).

[14] P. Levi, *Los hundidos y los salvados*, (Barcelona: Aleph, 2005).

ha colocado la historia[15]. Así, se resalta la importancia de revisar lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento del vencido[16] frente a las posiciones que, ante las demandas de justicia de las víctimas, afirman la necesidad de superar el recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento[17].

Pero ¿qué consecuencias puede tener para la definición y aplicación del concepto de justicia ananmética la compresión de que las dinámicas *glocales* de construcción económica, socio-política y cultural impulsadas por la *ciudadanía global* han convertido al *ser humano medio* en el principal *objeto* de invisibilización del actual modelo de globalización? Esta es, sin duda, una cuestión que ha ser abordada por los teóricos de la justicia ananmética en los próximos años.

Con respecto a la segunda cuestión, Castells[18] ha puesto de manifiesto que la reacción de las poblaciones residentes en las áreas desconectadas, o con conexión subordinada, por escapar de la marginalidad, ha permitido a la delincuencia transnacional organizada desarrollar, con base en dichas poblaciones, una "economía criminal global" dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes son parte de la *ciudadanía global*, incrementando con ello los flujos en el sistema financiero globalizado, lo que hace cada vez más difícil de deslindar la actividad económica legal y criminal[19].

El sistema organizacional alimentado por las economías ilegales no es aislado, ni se limita territorialmente a una localidad, región o Estado. Así, por ejemplo, en el caso del sistema de narcotráfico en Colombia, si bien la dinámica *glocal* ha fomentado que los cultivos ilícitos estén cada

---

[15] A. A. Berón Ospina, "La memoria como una propuesta de justicia", en *Claves de la justicia desde América Latina*, editado por E. A. López, A. Niño Castro y L. Tovar González, vol. 6, 333-342. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2019).

[16] Benjamin, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*.

[17] F. Nietzsche, *Consideraciones intempestivas*, (Barcelona: Alianza, 2015).

[18] M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El fin del milenio*, vol. III, (Madrid: Alianza Editorial, 1998).

[19] R. Leroy, *Microeconomía*, (Bogotá: McGraw Hill, 1990); S. Blovich, *Vigilante in the Field of Financial Transactions*. Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, (Nueva York: Morton Banking Center, 2004).

vez más concentrados en ciertas regiones periféricas o fronterizas del territorio, como el Catatumbo, el Bajo Cauca y el Putumayo (motivando con ello violencias entre las comunidades y actores armados, e incluso entre el Estado y las comunidades), no es menos cierto que el sistema traspasa las fronteras de Colombia y se constituye como un verdadero sistema transnacional, fruto de la alta demanda de estupefacientes en diferentes lugares del mundo, lo que genera el incentivo para producirlos y transportarlos a los grandes centros de consumo global.

Por esta razón, Prieto[20] subraya que miembros de los brazos armados y financieros de las denominadas "bandas criminales" (Bacrim), que emergieron tras la desmovilización parcial de los grupos paramilitares entre 2003 y 2006 como parte de la lógica adaptativa del sistema organizacional de la economía ilegal del narcotráfico, mantienen presencia física constante en países limítrofes con debilidades en las zonas fronterizas, como Venezuela, Ecuador o Perú. Además, tienen estrechos vínculos con organizaciones delictivas locales en países con alta participación en eslabones importantes del narcotráfico, como es el caso de México. Sus contactos se extienden también a países como Honduras y Panamá en Centroamérica, y Argentina, Bolivia y Paraguay en Suramérica, con el fin de llevar a cabo sus operaciones de tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando de bienes, lavado de activos y testaferrato. Así mismo, mantienen puntos de enlace para el narcotráfico en otros países de Suramérica como Brasil y Chile, y su ámbito de acción e influencia llega incluso hasta los mercados de destino, y en particular hasta los EE.UU. (donde para septiembre de 2011 más de un centenar de personas relacionadas con las Bacrim habían sido judicializadas en el sur de Florida) y Europa (especialmente, España).

Para poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, las Bacrim, al igual que otras organizaciones del crimen transnacional organizado, requieren, entre otras cosas, disponer de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en

[20] C. A. Prieto, *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia*, (Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung Colombia, 2013).

particular el sector financiero) del ámbito en el que operan, lo que hace que la corrupción juegue "un papel medular" en sus actividades[21].

Esta conexión estructural entre las organizaciones del crimen transnacional organizado y los poderes públicos y privados en los distintos ámbitos materiales y territoriales en los que actúan constituye un elemento central de la actividad de dichas organizaciones[22], que ha sido particularmente estudiado en los últimos años en relación con los cárteles del narcotráfico mexicanos, dada su preponderancia en la exportación de estupefacientes hacia el mayor consumidor mundial de sustancias prohibidas: los EE.UU.[23]. Los estudios realizados muestran que los carteles mexicanos actúan junto a funcionarios públicos corruptos o dentro de un marco de aquiescencia, complacencia, no intervención o incorrecta intervención del Estado[24]. En consecuencia, agencias y agentes estatales coparticipan activa o pasivamente de las actividades criminales[25]. Además, una vez establecidos los pactos corruptos, la violencia se aplica no

---

[21] M. Domine, "Criminalidad económica y terrorismo", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* 1 (2007).

[22] F. Hagan, "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model", *Criminal Justice Review* 8 (1983). E. Zaffaroni, "Il crimine organizato: una categorizzazione fallita", en *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali, tra Efficienza e Garanzi*, editado por S. Moccia, (Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999); A. Aronowitz, "Trafficking in Human Beings: An International Perspective", en *Global Organized Crime: Trends and Developments*, editado por Siegel, D. E., (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003); T. Obokata, *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006).

[23] L. Astorga, *Drogas sin fronteras*, (Ciudad de México: Debolsillo, 2015); S. O'Neil, "The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels", *Foreign Affairs* 88, n.º 4. (2009): 63-77; M. Medel y F. Thoumi, "Mexican Drug 'Cartels'", en *Organized Crime*, editado por L. Paoli, (Oxford: Oxford University Press, 2014); H. Olásolo y P. Galain Palermo, *Los desafíos del derecho internacional penal: especial atención a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018); S. Paternostro, "Mexico as a 'Narcodemocracy'", *World Policy Journal*, 12 (1995); P. Rexton, *Drug Trafficking and International Security*, (Londres: Rowman & Littlefield, 2016); V. Ríos, "How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets", *Journal of Conflict Resolution* 59, n.º 8 (2015): 1433-54.

[24] Rexton, *Drug Trafficking and International Security*.

[25] Medel y Thoumi, "Mexican Drug 'Cartels'".

solo entre competidores por el mercado ilegal, sino también contra los funcionarios públicos no corruptos[26].

Esta situación permite que, debido a su estrecho contacto con el sistema financiero legal y con el sistema político encargado de diseñar la legislación y promover su aplicación, las organizaciones del crimen transnacional organizado, como las Bacrim y los carteles mexicanos, no lleven a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de "vacíos legales", sino de la interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que realizan sus actividades[27].

A la luz de lo anterior, Rodríguez subraya que este tipo de organizaciones constituye una de las principales amenazas que enfrenta en este momento América Latina[28], lo cual es confirmado por Garzón cuando afirma que

> el crimen organizado está experimentando cambios sustanciales y constantes en América Latina, posicionándose como uno de los actores estratégicos relevantes del hemisferio, reconfigurando las fronteras territoriales, teniendo un papel importante en la economía, penetrando las estructuras políticas y sociales, y poniendo en juego los avances alcanzados en la construcción del Estado y el sistema democrático[29].

En consecuencia, la existencia de organizaciones como las Bacrim o los carteles mexicanos se considera como una amenaza importante para las instituciones, puesto que su poder socio-económico les permite sobornar funcionarios, interferir en procesos democráticos, afectar la manera en que ciudadanos y comunidades se relacionan con la institucionalidad (perpetuando escenarios de ilegalidad) y propiciar el retroceso de la acción

---

[26] Paternostro, "Mexico as a 'Narco-democracy'".

[27] E. Kleemans, "Theoretical perspectives on Organized Crime", en *The Oxford Handbook of Organized Crime*, (Oxford: Oxford University Press, 2014).

[28] G. Rodríguez, *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*, ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas, FIPA, (Ciudad de México, 2010).

[29] J. C. Garzón, *La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican*, (Woodrow Wilson Center, 2012), 1.

de los Estados en materia de política social, administración de justicia y gobernanza local[30].

A esto hay que añadir que los costos humanos y sociales de la actuación de las Bacrim son muy altos, debido al elevado número de homicidios, secuestros extorsivos, actos de terror hacia la población y de desplazamiento forzado que cometen, además de los problemas de salud pública derivados del microtráfico de drogas que generan en las comunidades en las que operan. Como Rojas[31] ha subrayado, las organizaciones del crimen transnacional organizado, y en particular las Bacrim en Colombia, tienen un impacto directo en múltiples ámbitos, incluyendo:

> 1) en la calidad de vida, con más temor; 2) en la convivencia cívica, con menores grados de confianza; 3) en la convivencia democrática, con mayor desafección; 4) en las inversiones privadas, con un retraimiento; 5) en el gasto en seguridad, con más gasto público y privado, 6) en el espacio público, con el abandono; 7) en la privatización de las respuestas a los riesgos; 8) en las políticas públicas, incrementando las complejidades de la gestión y los diseños institucionales; 9) sobre las decisiones, generando un sentido de urgencia y de carencia de efectividad; y 10) en los costos de la violencia, que reducen las oportunidades de desarrollo, en especial del desarrollo humano y sustentable.

3. La apropiación por la racionalidad neoliberal de la *ciudadanía global* del discurso ambivalente de los derechos humanos

La perspectiva de la *ciudadanía global* permite esclarecer la cuestión relativa a la apropiación por la racionalidad neoliberal del discurso ambivalente de los derechos humanos. En este sentido, como ya hemos analizado, la

---

[30] H. Olásolo y P. Galain Palermo, *Los desafíos del derecho internacional penal: especial atención a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay.*

[31] F. Rojas, "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano", en *América Latina y el Caribe: globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, editado por F. Rojas, A. Álvarez, F. Rojas, y A. Álvarez, (Montevideo: Unesco-Flacso, 2011).

racionalidad neoliberal, con su modelo de desarrollo *glocal*, constituye en la actualidad el epicentro de la racionalidad que impulsa el quehacer de la *ciudadanía global*. De esta manera, finalizada la confrontación de bloques que caracterizó a la Guerra Fría, los centros de poder económico, político y militar que desde principios de la década de 1970 evitaron la extensión a escala global del neoliberalismo, lo han asumido hoy con los brazos abiertos, al punto de contarse en la actualidad entre sus principales valedores.

Ante esta situación, no es de extrañar que la *ciudadanía global*, que, salvo contadas excepciones, comparte un mismo modelo de desarrollo económico y tiene la capacidad de establecer la agenda socio-política, las tendencias culturales y la cobertura mediática, haya acogido primero, y reconfigurado después, el discurso de los derechos humanos para garantizar la satisfacción de sus propios intereses.

Como resultado, se han generado toda una serie de transformaciones en el Derecho Internacional, comenzando por la extensión del ámbito de los sujetos objeto de protección por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a las personas jurídicas[32]. Así mismo, al tiempo que, después de las dos Convenciones Mundiales sobre los Derechos Humanos de Teherán (1968) y Viena (1993), parecía haberse fortalecido el concepto de interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos reconocidos en la DUDH[33], se ha promovido la creación de todo un sistema de regímenes fragmentados de Derecho internacional[34].

---

[32] C. Fernández Liesa, *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, (Madrid: Thomson/Civitas, 2013).

[33] C. Villán Durán y C. Faleh Pérez, *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*, (España: Universidad de Alcalá de Henares y Asociación Española de Derechos Humanos, 2014). Es difícil vislumbrar de qué manera los 1.200 millones de personas que sufren actualmente hambre crónica o no tienen acceso al agua pueden ejercitar de manera efectiva sus derechos de libertad de expresión, libertad de asociación o participación política; situación que nos tememos también se extiende a los varios miles de millones de personas que no disponen de una vivienda digna, no tienen la oportunidad de ser tratados en un centro de salud, no pueden ausentarse del puesto de trabajo por enfermedad o no pueden disfrutar del "lujo" de una pensión de jubilación que no sea inferior al salario mínimo interprofesional.

[34] Remiro Brotons, A. *et al. Derecho internacional*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007); M. N. Shaw, *International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

Como resultado de esta fragmentación, se ha dotado de autonomía propia a un derecho internacional económico que ofrece garantías cuasi absolutas a la inversión internacional y la propiedad intelectual, y sustituye los foros judiciales convencionales para la resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados por tribunales arbitrales ante instituciones con una clara vocación de protección a los primeros. Además, estos tribunales interpretan normalmente el derecho internacional económico, sin tomar en consideración las graves afectaciones a los derechos humanos (en particular a los derechos DESC, a los derechos de los pueblos indígenas y al derecho colectivo al medio-ambiente) que su aplicación genera en los seres humanos, las comunidades y los pueblos a lo largo y ancho del planeta[35]. Basta leer con detenimiento las sentencias arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) o de las Cámaras de Comercio de París o Londres, para percatarse de que tales afectaciones son generalmente consideradas como meras externalidades[36].

Además, la *ciudadanía global* ha logrado que ciertas cuestiones sean abordadas a través de directrices no vinculantes entre las cuales se pueden mencionar los *Principios de Actuación de las Actividades Empresariales del*

---

[35] L. V. García-Matamoros y W. Arévalo-Ramírez, "La actividad del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: su eficacia, limitaciones y uso diferenciado por países en vías de desarrollo y países desarrollados", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4, cap. 18, 665-706. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[36] C. Fernández Liesa, *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, (Madrid: Thomson/Civitas, 2013); C. Focarelli, "International Law in the 20th Century", en *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, editado por A. Orakhelashvili, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011). Díaz-Chalela, Gómez-Rey y Prieto-Ríos analizan aquellos casos en los que, de manera excepcional, el Ciadi ha tratado de realizar una interpretación integradora entre el derecho internacional económico y el régimen jurídico internacional de los derechos DESC. M. Díaz-Chalela, A. Gómez-Rey y E. Prieto-Ríos, "La efectividad del Ciadi a través de su integración con otros sistemas de derecho internacional: el caso de los DESC", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago, N. E., Canosa, J. y V. Bonilla, vol. 4, cap. 19, 707-732. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

Global Compact de las Naciones Unidas (2000), la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007), el *Documento de Montreaux sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privadas* (2011), *los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos* (2011), *las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (2011), *los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (2011), la *Declaración de Nueva York sobre los Refugiados y los Migrantes* (2016) y la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo* (2017). Tan intensa ha sido la presión para abordar estas cuestiones a través de directrices no vinculantes, que se ha buscado crear una nueva categoría de norma jurídica internacional, caracterizada por su naturaleza no vinculante y denominada *soft law*[37].

5. La cuestión de la multi/inter/trans-culturalidad del fundamento de los derechos humanos

La cuestión de la multi/inter/trans-culturalidad del fundamento de los derechos humanos ha de abordarse a su vez desde la comprensión de la transculturalidad de la que hemos denominado *ciudadanía global*. Habiéndose educado en los mismos lugares e interactuando constantemente, sus integrantes comparten una serie de valores y criterios de actuación, que hace que se sientan mucho más cercanos entre sí que con respecto al resto de sus connacionales. Esto es particularmente cierto con respecto al 1% de la población mundial con mayores recursos, que aglutinan más de la mitad de la riqueza del planeta[38]. En consecuencia, por mucho que se hable del

---

[37] C. Fernández Liesa. *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*; Focarelli, C. "International Law in the 20th Century".

[38] Oxfam-Intermon, *Una economía al servicio del 1%. Acabar con los privilegios y la concentración de poder para frenar la desigualdad extrema*, 2016. Disponible en https://goo.gl/P5qr2K. En el informe que presenta Oxfam-Intermon, subraya que la única forma de erradicar la pobreza extrema en el mundo es terminar con el fenómeno de la concentración de riqueza que ha caracterizado los primeros quince años del siglo XXI. En particular, según los datos ofrecidos por esta organización, si en 2010 las 388 personas más ricas del planeta poseían la misma riqueza que la mitad de la población mundial, cinco años después esa cifra se ha reducido en cuatro quintas partes a apenas 62 individuos.

"multiculturalismo" de sociedades como la brasileña, lo cierto es que los integrantes de la élite socio-económica de este país tienen mucho más en común con quienes se encuentran en su misma posición en Estados Unidos, India o Rusia, que con el *ser humano medio* de Brasil. De esta manera, se puede afirmar la existencia de una aproximación transcultural de la *ciudadanía global* al fundamento y contenido de los derechos humanos y a la función que los mismos han de desempeñar en la organización política y el desarrollo socio-económico de la actual sociedad globalizada.

Esta transculturalidad de la *ciudadanía global* está marcada por su racionalidad neoliberal y se manifiesta en los distintos ámbitos del poder económico, político y social de las sociedades nacionales. Además, en el marco de la sociedad internacional no duda en recurrir a la fuerza armada para terminar de "ajustar" la realidad global a sus intereses en nombre de la asistencia humanitaria, los derechos humanos y el fomento de la paz (Bricmont, 2008). Los casos de Serbia (1999) y Libia (2011) constituyen dos ejemplos paradigmáticos de este fenómeno, por tratarse de intervenciones armadas que no fueron inicialmente justificadas con base en la denominada "guerra contra el terrorismo" yihadista global (Afganistán, 2001), o en la presunta existencia de unas armas de destrucción masiva que el tiempo demostró que solo existían en las mentes de quienes promovieron la intervención (Irak, 2003). Además, al menos en el caso de la intervención en Serbia, no se contó ni tan siquiera con la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Con ello se muestra que la transculturalidad neoliberal no tiene ningún reparo en legitimar el uso de la fuerza armada cuando lo considera necesario, situación que ha sido calificada por Jorge Bergoglio (30/03/2018) como "la pérdida de todo sentimiento de vergüenza por haber perdido la vergüenza".

Frente a la actuación de la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*, hace ya casi una década que Martin Rees (expresidente de la Universidad de Cambridge y de la Academia Real de las Ciencias del Reino Unido) afirmaba en el programa *Redes* (2008), dirigido por Eduardo Punset en la televisión pública española, que las probabilidades de que el ser humano pudiera continuar habitando la Tierra al finalizar el siglo xxi no superaban, en su opinión, un 50%. Entre las múltiples circunstancias que mencionaba para sustentar esta posición, cabe mencionar las siguientes a título de ejemplo: i) los riesgos ocasionados por

las explosiones "controladas" que tienen lugar en los aceleradores de partículas subatómicas (con un tamaño de hasta 27 kilómetros de largo), en el intento de reproducir la explosión originaria que pudo haber dado lugar al Universo; ii) la pérdida de biodiversidad en un mundo del que desaparecen alrededor de 40.000 especies de seres vivos al año (un ritmo mil veces superior al de la era preindustrial), incluyendo aquellas especies de insectos que cumplen la función de polinización de la flores; iii) el incremento en la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera por la emisión de gases contaminantes de efecto invernadero[39]; iv) la crisis social generada por la progresiva concentración de riqueza en un pequeño sector de la población al que hemos denominado *ciudadanía global*, con el consiguiente empobrecimiento del *ser humano medio* y el agudizamiento de la pobreza extrema y la hambruna crónica en la que se encuentra la mayor parte del 20% de la población que sobrevive en unas condiciones de vida más precarias; v) el continuo desarrollo de armamento nuclear[40]; y vi) la proliferación de armas biológicas y químicas, que pueden desarrollarse en laboratorios móviles aptos para instalare en el espacio equivalente a una pequeña habitación (el conflicto en Siria ha puesto de nuevo el foco de atención mundial en la utilización de este tipo de armamento).

---

[39] En la actualidad, el dióxido de carbono constituye en torno al 0,04% de la atmósfera, equivalente a 400 partes por millón, habiéndose superado el límite del 0,035% que según los científicos evitaría que la temperatura de la Tierra se incremente por encima de los dos grados a finales del siglo XXI.

[40] Después de haber denunciado en junio de 2017 el acuerdo alcanzado en julio de 2015 entre Irán y los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (más Alemania) en relación con el programa nuclear iraní, EE. UU. enuncia en agosto de 2018 el tratado de no proliferación de misiles balísticos de medio alcance (Tratado INF) que estaba en vigor con Rusia desde 1987 (la retirada de EE.UU. del Tratado INF se hizo efectiva el 8 de febrero de 2019). En el centro del recrudecimiento de las tensiones entre Washington y Moscú se encuentra el misil de crucero Novator 9M729 (SSC-8, según la clasificación de la OTAN), desarrollado por Rusia, y que, según el gobierno de EE.UU., infringe el Tratado al superar los 500 kilómetros de alcance. Mientras tanto, Corea del Norte continúa con sus esfuerzos por desarrollar tecnología para fabricar misiles balísticos con cabezas nucleares de largo alcance. Estos ejemplos no hacen sino reflejar que la amenaza nuclear está más viva que nunca a raíz del continuo desarrollo de armamento nuclear.

6. ¿Cuál es la respuesta de los organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos ante el modelo de desarrollo *glocal* y la invisibilización del *ser humano medio* promovidos por la transculturalidad neoliberal de la ciudadanía global?

A pesar de las advertencias de Rees, que han sido consideradas *injustificadamente optimistas* por el físico Stephen Hawking poco antes de su fallecimiento en 2017, la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global* continúa actuando en la práctica como si los riesgos descritos por Rees y Hawking no existiesen. Sirva como botón de muestra el hecho de que, a pesar de la imprudencia temeraria (por no hablar de *dolo*) en la que incurrió la gran banca de inversiones asumiendo altísimos niveles de riesgo en productos financieros derivados generó a partir de 2008 la tercera mayor crisis de la era capitalista (con altísimos costes sociales en países como Grecia, Irlanda o España), no ha sido posible establecer regulación alguna de las transacciones financieras internacionales, y eso a pesar de que numerosas entidades bancarias tuvieron que ser *rescatadas* con fondos públicos nunca recuperados, agravando así los recortes en las políticas sociales.

Del mismo modo, el propio *Tratado de París sobre el Cambio Climático* (2015), denunciado por los EE.UU. en junio de 2017, evita el establecimiento de objetivos vinculantes de reducción de gases de efecto invernadero, atribuyendo a los distintos Estados Partes la facultad para determinar los objetivos que cada uno considere oportunos. Como resultado de lo anterior, los gobiernos de los Estados Partes han asumido voluntariamente en los dos últimos años objetivos de reducción de emisiones tan limitados, que incluso en el caso de que llegaran a cumplirse nos situarían en una franja de 3 a 6 grados de incremento de temperatura para finales del siglo XXI. Y todo esto mientras el Ártico se deshiela a un ritmo vertiginoso, las aguas incrementan su nivel de manera nunca antes observada (amenazando en el corto plazo con la desaparición de comunidades, e incluso Estados isleños) y los accidentes naturales relacionados con el cambio climático se multiplican por todo el planeta dejando cada año decenas de miles de muertos[41].

[41] Apenas dos meses antes del inicio el 30 de noviembre de 2015 de la Conferencia Internacional sobre el Cambio Climático de París, salió a la luz pública que Volkswagen había trucado

Ante esta situación, es inevitable preguntarse sobre la respuesta que ofrecen los organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos. Somos conscientes de que en estas líneas no es posible realizar una valoración detallada de conjunto de su actividad. Así mismo, también entendemos que los mecanismos de quejas individuales constituyen solo uno de sus varios ámbitos de actuación, y que normalmente es uno de los menos desarrollados debido a los numerosos obstáculos que enfrentan. Sin embargo, no es menos cierto, que 70 años después de la aprobación de la DUDH, su limitada eficacia causa, cuando menos, *perplejidad*. Veamos rápidamente algunos ejemplos.

---

sistemáticamente durante años los mecanismos de medición de los niveles de contaminación de los motores diésel en millones de vehículos. En los años siguientes, se ha podido conocer que esta práctica era habitual en la industria automotriz transnacional, como lo muestran los casos de Honda, Mazda, Mercedes-Benz, Mitsubishi, Renault-Citroen o BMW, por poner solo algunos ejemplos. Así mismo, en 2018 se hizo público que muchos de los vehículos afectados en países como Alemania por este escándalo están siendo vendidos sin haber rebajado sustancialmente su nivel de emisiones a países como Rumanía, donde la legislación es mucho más laxa a este respecto. Simultáneamente, comienzan a aparecer toda una serie de informes que indican que desde comienzos de la década de 1960 las transnacionales energéticas vienen realizando ajustes en el diseño de las plantas de extracción situadas en lugares particularmente sensibles el cambio climático para responder a un fenómeno del que ya tenían conocimiento desde entonces, y que han negado sistemáticamente hasta nuestros días. Sin embargo, el fiscal general del Estado ha bloqueado toda investigación contra compañías como ExxonMobil por ocultar dicha información, en consonancia con la estrategia de negación pública del cambio climático desplegada por el actual presidente de los Estados Unidos y por el director de su Agencia de Protección Medioambiental. Además, por si esto fuera poco, se acaba de reconocer ante la opinión pública norteamericana que en las elecciones presidenciales del 2016, el Comité Nacional del Partido Demócrata intervino de manera deliberada en las primarias del partido para evitar que el único candidato que recogía en su programa la adopción de medidas específicamente diseñadas para abordar de manera comprehensiva el fenómeno de la emisión de gases contaminantes pudiera tener alguna oportunidad para llegar a la presidencia. De esta manera, mientras la Tierra gime y el ser humano medio sufre, asistimos como espectadores a este espectáculo esperpéntico en relación con la emisión de gases contaminantes de efecto invernadero, aderezado por un alto grado de indiferencia de la transculturalidad neoliberal de la ciudadanía global, como lo muestra, una vez más, la actitud de los gobiernos de Canadá, China, Rusia, EE.UU y algunos de los países escandinavos, y sus respectivas transnacionales, al afrontar el imparable deshielo del Ártico mediante el análisis de la forma de extraer sus minerales de la manera más rentable posible.

Como Canosa, Bonilla y Buitrago[42] han señalado, el mecanismo de quejas individuales del Comité de la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer ha dictado algo menos de 2 decisiones de fondo anuales durante el periodo 2004-2017 para un total de 23. Una situación similar encontramos, según Izquierdo y Ugalde[43], con respecto al mecanismo de quejas individuales ante el Comité de los Derechos DESC, puesto que en los cinco años que lleva en vigor ha dictado 9 decisiones de fondo, la mitad de las cuales se han pronunciado contra España, que en los últimos diez años casi ha duplicado el número de personas bajo el umbral de pobreza, llegando en la actualidad a superar los diez millones.

A diferencia de los dos casos anteriores, el mecanismo de quejas individuales ante el Comité contra la Tortura se encuentra en vigor desde hace más de cuarenta años. Como explican Chinchón y Rodríguez[44], durante el periodo 1987-2017 se han presentado 749 quejas individuales relativas a 36 Estados Parte, de las que 294 han sido objeto de decisión de fondo (algo más de 7 al año), con un total de 119 condenas (3 de media anual). Esta situación contrasta con el hecho de que la tortura es una práctica

---

[42] J. Canosa Cantor, V. Bonilla Tovar y N. E. Buitrago Rey, "La actividad cuasi-judicial del Comité contra la Discriminación Racial, Comité contra la Discriminación contra la Mujer y Comité por los Derechos de los Niños: alcance y limitaciones", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4, cap. 5, 183-220. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[43] R. Izquierdo y A. L. Ugalde, "La actividad cuasi-judicial del sistema de protección universidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes y Comité para la Protección de las Personas Discapacitadas: alcance y limitaciones", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4, cap. 6, 221-252. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[44] J. Chinchón Álvarez y J. Rodríguez, "La actividad cuasi-judicial del Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Comité contra las Desapariciones Forzadas: alcance y limitaciones", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, vol. 4. cap. 4, 153-182, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

ampliamente extendida en la actual sociedad internacional, como lo demuestra el informe aprobado el 13 de diciembre de 2012 por el Comité de Inteligencia del Senado de los Estados Unidos en el que se reconoce que la práctica sistemática de tortura formó parte del programa de detención e interrogatorio puesto en marcha por la CIA durante la administración de George W. Bush a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 (lo que, sin embargo, no ha generado ningún tipo de procedimiento para dilucidar las responsabilidades penales derivadas de su aplicación).

En consecuencia, como subrayan Chinchón y Rodríguez[45], dentro del sistema universal, tan solo el procedimiento de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos, con sus varios cientos de decisiones de fondo al año sobre presuntas violaciones a los derechos recogidos en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, parece ofrecer, a pesar del carácter no vinculante de sus decisiones, un mínimo nivel de protección[46].

Con respecto a los sistemas regionales de promoción y protección de los Derechos Humanos, Alija y Bonet[47] subrayan que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), establecido por la *Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales*, a pesar de tener más de 50.000 casos pendientes, dicta en torno a mil decisiones de fondo anuales en relación con presuntas violaciones por Estados Partes de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención (el TEDH no tiene, sin embargo, competencia directa sobre los derechos económicos, sociales y culturales recogidos en la Carta Social Europea).

---

[45] Ibíd.

[46] H. Olasolo y S. Cuenca, "Conclusiones sobre la función que cumple la justicia internacional a la luz de su alcance y limitaciones", en *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*, editado por H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4, cap. 20, 733-760. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[47] R. A. Alija Fernández y J. Bonet Pérez, "La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E., Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4, cap. 9, 317-346. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

Por su parte, Ramírez Lemus[48] y Lages, Francesconi, Araneda y Rojas[49] señalan que, mientras la Corte Africana de Derechos Humanos ha resuelto en torno a una treintena de casos en sus diez años de funcionamiento (habiéndose declarado la falta de jurisdicción en al menos dos tercios de los mismos), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones se han caracterizado por ser particularmente incisivas con los Estados (a diferencia del amplio, con frecuencia excesivo, margen de apreciación otorgado por el TEDH), dicta entre 15 y 20 de decisiones de fondo anuales en casos que, por lo general, requieren largos años de tramitación desde que son presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, más que ofrecer una auténtica protección a las víctimas de las incontables violaciones de derechos humanos que se producen cada año, los procedimientos de quejas individuales ante los diversos organismos del sistema universal y las actuaciones de los tribunales regionales tratan de ofrecer, con grandes limitaciones, una protección simbólica dirigida a generar dinámicas de cambio en la actuación de los Estados. Ante esta situación, y dado el desbordamiento en que se encuentran aquellas jurisdicciones nacionales que, como Colombia, ofrecen recursos judiciales accesibles y a bajo costo contra las violaciones de derechos fundamentales, algunos autores hacen énfasis en la necesidad de promover la justicia comunitaria para abordar la cotidiana violación de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales[50].

---

[48] J. R. Ramírez Lemus, "La actividad judicial del sistema africano de protección de los Derechos Humanos: alcance y limitaciones", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4, cap. 10, 347-395. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[49] R. Lages, L. Francesconi, C. Araneda y J. Rojas, "La actividad casi-judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones", en *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, J. Canosa Cantor y V. Bonilla Tovar, vol. 4. cap. 8, 285-316. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018).

[50] C. Proner, "La justicia comunitaria como instrumento de lucha por derechos en el siglo XXI", *Estudios sobre justicia comunitaria en América Latina*, editado por C. Proner y C. Back,

Sin embargo, no es menos cierto que extensas áreas de los núcleos urbanos y las zonas rurales de numerosos países iberoamericanos (Brasil, Colombia, El Salvador o México son tan solo algunos ejemplos) se encuentran bajo la influencia, y con frecuencia el control de hecho, de grupos de la delincuencia transnacional organizada, que, ante la ausencia de trabajo formalizado, se han convertido en una importante fuente de *empleo* en las zonas en las que actúan[51]. En este contexto, surge la pregunta sobre la forma de operar de la justicia comunitaria en aquellas áreas bajo la influencia o control de grupos armados organizados al margen de la ley. Resulta, sin embargo, difícil ofrecer una respuesta, porque los estudios que tenemos hasta la fecha se limitan a áreas muy concretas, como algunas favelas de Río de Janeiro, ciertas colonias de los núcleos urbanos del norte de México y algunos cantones de San Salvador.

7. ¿Qué ofrecen las iniciativas de diálogo intercultural e interreligioso como alternativa al modelo de desarrollo *glocal* y a la invisibilización del *ser humano medio* promovidos por la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*?

A la luz de la limitada respuesta de los organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos al modelo de desarrollo *glocal* y a la invisibilización del ser humano medio, promovidos por la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*, aparece como principal respuesta hasta el momento las iniciativas de diálogo intercultural e interreligioso entre los respectivos *seres humanos medios* de las distintas comunidades, pueblos y Estados. Sin embargo, los desafíos que enfrentan este tipo de iniciativas son múltiples.

Con respecto al desarrollo del diálogo intercultural, el Foro Social Mundial iniciado en 2001 en Porto Alegre ha puesto de relieve que los obstáculos surgen desde el mismo momento en que se constata la necesidad

---

vol. 8, cap. 1, 23-34. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2019).

[51] Olasolo, H., Lair, E. y Carcano, L. "Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (Anidip)* 6 (2018): 60-80.

de fomentar la capacidad de comprensión de las premisas sobre las que se construye el pensamiento del otro, con el fin de facilitar el entendimiento del respectivo fundamento de los derechos humanos, tal y como es expresado en sus propios términos desde la alteridad. Solo a partir de aquí, y con base en el pleno respeto al contenido de los distintos fundamentos, parece posible desarrollar iniciativas que permitan su realización conjunta[52].

En cuanto al diálogo interreligioso, sirva como ejemplo de sus muchas dificultades los limitados frutos que hasta el momento han generado las décadas de *conversación* entre el cristianismo católico (con cerca de 1.300 millones de creyentes) y el islam (que supera ya los 1.500 millones). A pesar de las varias décadas transcurridas desde que el Concilio Vaticano II promoviese dicho diálogo, lo máximo que, desde una perspectiva cristiano-católica, se ha logrado avanzar es el reconocimiento de que ciertos contenidos del Corán y de la vida en el islam nos remiten a la Palabra de Dios recibida en Cristo. No ha sido, sin embargo, posible hasta el momento dar un paso adicional para reconocer que el Corán contiene una Palabra de Dios propia, cuya autenticidad no depende de su correspondencia con la Palabra de Dios tal y como ha sido revelada al cristianismo-católico (Caspar, 1995).

Conclusión

A diferencia de épocas anteriores, el tiempo comienza a pasar factura de manera inexorable ante la ausencia de una respuesta eficaz al modelo de desarrollo *glocal* y a la invisibilización del ser humano medio, que promueve la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*. Las respuestas hasta ahora intentadas son lentas, tienen un alcance muy limitado y se enfrentan a numerosos obstáculos. Así, los organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos limitan en gran medida su actividad al ámbito de lo simbólico y las jurisdicciones nacionales que ofrecen recursos judiciales accesibles y a bajo costo contra las violaciones

---

[52] B. de Sousa Santos, *Los derechos humanos y el Foro Social Mundial*, ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos, FIDH (Quito, 2-6 marzo de 2004. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2004); y A. Aguiló, "Los derechos humanos como campo de las luchas por la diversidad humana: un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos", *Universitas Humanística* 68 (2008): 179-205.

de derechos fundamentales se encuentran desbordadas. La función que puede desempeñar en este ámbito la justicia comunitaria se ve con frecuencia obstaculizada en aquellas áreas bajo la influencia o control de grupos armados organizados al margen de la ley y los procesos de diálogo intercultural e interreligioso siguen su curso de manera parsimoniosa, con sus avances y retrocesos.

La aparente tranquilidad que ante esta situación muestra la *ciudadanía global* no se ha visto alterada, debido, en gran medida, a que mantiene su plena confianza en la ciencia. De esta modo, a la vez que, como hemos visto, continúa haciendo *business as usual*, invierte ingentes recursos en el desarrollo de la tecnología necesaria para llegar a cabo una doble operación: i) por un lado, la introducción a gran escala de robots que desarrollen con mayor precisión, celeridad y eficacia las funciones que hasta ahora venía realizando el *ser humano medio*; ii) por otro lado, la exploración de terceros planetas, donde eventualmente la *ciudadanía global* pueda continuar su existencia, con los robots por ella misma creados, y sin que haya necesidad alguna de embarcar en este viaje a la "pesada carga" que constituyen los miles de millones de personas que encarnan al *ser humano medio*.

No se trata de delirios de ciencia ficción, sino de la auténtica apuesta científica de la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global* para el siglo xxi, una vez que ha llegado a la conclusión de que la mejor manera de resolver a medio plazo los graves problemas ocasionados en una Tierra que gime, y un *ser humano medio* que sufre, es limitar en la mayor medida posible la función que ambos desempeñan.

Frente a esta apuesta, el diálogo interreligioso como alterativa para abordar estos problemas sitúa también al exterior del *ser humano medio* la condición de posibilidad para que los obstáculos que hasta ahora han impedido su pleno desarrollo puedan ser finalmente superados. Así, si diversas religiones han recibido relevaciones y experiencias parciales de Dios, parece natural que a través de un encuentro de acogida entre estas pudieran mutuamente enriquecerse. Sin embargo, su persistencia en identificar el Todo con los aspectos concretos que les han sido revelados, unido a los continuos apegos materiales al poder, la riqueza, el prestigio y el conocimiento que siguen caracterizándolas, hacen que resulte prácticamente imposible, desde una perspectiva humana, que puedan llegar a tener un encuentro de esa naturaleza. En consecuencia, siendo los caminos

de Dios insondables para los seres humanos, es en el terreno de la gracia y del *incomprensible* amor de Dios hacia estos últimos donde en última instancia reside la condición de posibilidad de un auténtico diálogo interreligioso que permita afrontar los múltiples desafíos de nuestro tiempo[53].

Resulta particularmente significativo que tanto la apuesta científica de la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*, como el proyecto de diálogo interreligioso, coincidan en la externalidad al ser humano (medio) como elemento central de sus respectivas propuestas. Pareciera como si, después de varios siglos, ciencia y religión hubiesen encontrado finalmente un pilar en común: el futuro no se encuentra en los seres humanos, sino al exterior de los mismos.

Ante esta inesperada situación, el movimiento humanista que se encuentra en la base del desarrollo de los derechos humanos, y el diálogo intercultural secular sobre sus fundamentos, no pueden seguir permaneciendo en silencio porque está en juego su propia existencia. Por ello, las numerosas reflexiones realizadas el año pasado con motivo del 70 aniversario de la DUDH se presentan como una excelente oportunidad para dejar en un segundo plano las celebraciones de los hitos del pasado, y sumergirse en la articulación de una propuesta de futuro que pueda abordar de manera eficaz los profundos problemas que genera para el *ser humano medio* el modelo de desarrollo *glocal* impulsado por la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*.

Bibliografía

Adorno, T. *Minima moralia*. Madrid: Akal, 2006.

Aguiló, A. "Los derechos humanos como campo de las luchas por la diversidad humana: un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos". *Universitas Humanística* 68 (2008): 179-205. http://www.scielo.org.co/pdf/unih/n68/n68a11.pdf.

Alija Fernández, R. A. y Bonet Pérez, J. "La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4,

[53] X. Pikaza, *Violencia y diálogo de religiones. Un proyecto de paz*, (Santander: Sal Terrae, 2004).

cap. 9, 317-346. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Aronowitz, A. "Trafficking in Human Beings: An International Perspective". En *Global Organized Crime: Trends and Developments*, editado por Siegel, D. E., 85-95. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2003.

Astorga, L. *Drogas sin fronteras*. Ciudad de México: Debolsillo, 2015.

Banco Mundial. *Regional Aggregation Using 2011 PPP and $1.9/day Poverty Line*, 2017.

Benjamin, W. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México: Contrahistoria, 2005.

Berón Ospina, A. A. "La memoria como una propuesta de justicia". En *Claves de la justicia desde América Latina*, editado por López, E. A., Niño Castro, A. y Tovar González, L., vol. 6, 333-342. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2019.

Bricmont, J. *Imperialismo humanitario. El uso de los derechos humanos para vender la guerra*. Barcelona: El Viejo Topo, 2008.

Blovich, S. *Vigilante in the Field of Financial Transactions*. Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos. Nueva York: Morton Banking Center, 2004.

Canosa Cantor, J. Bonilla Tovar, V. y Buitrago Rey, N. E. "La actividad cuasi-judicial del Comité contra la Discriminación Racial, Comité contra la Discriminación contra la Mujer y Comité por los Derechos de los Niños: alcance y limitaciones". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4, cap. 5, 183-220. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Caspar, R. *Para una visión cristiana del islam*. Santander: Sal Terrae, 1995.

Castells, M. *End of Millenium*. Oxford: Blackwell, 1996.

Castells, M. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El fin del milenio*, vol. III. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

Chinchón Álvarez, J. y Rodríguez, J. "La actividad cuasi-judicial del Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Comité contra las Desapariciones Forzadas: alcance y limitaciones". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4. cap. 4, 153-182. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

De Sousa Santos, B. *Los derechos humanos y el Foro Social Mundial*. Ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH). Quito, 2-6 marzo de 2004. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2004. http://aplicaciones2.colombiaaprende.edu.co/red_privada/sites/default/files/de_los_derechos_humanos_y_foros_social_mundial__-__soussa_santos.pdf.

Díaz-Chalela, M., Gómez-Rey, A. y Prieto-Ríos, E. "La efectividad del Ciadi a través de su integración con otros sistemas de derecho internacional: el caso de los DESC". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago, N. E., Canosa, J. y Bonilla, V., vol. 4, cap. 19, 707-732. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Domine, M. "Criminalidad económica y terrorismo". *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* 1 (2007): 83-131.

Fernández Liesa, C. *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*. Madrid: Thomson/Civitas, 2013.

Focarelli, C. "International Law in the 20th Century". En *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, editado por Orakhelashvili, A., 478-527. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

García-Matamoros L. V. y Arévalo-Ramírez, W. "La actividad del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: su eficacia, limitaciones y uso diferenciado por países en vías de desarrollo y países desarrollados". En *Alcance y limitaciones de la justicia*

internacional, vol. 4. cap. 18, 665-706, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Garzón, J. C. *La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican*. Woodrow Wilson Center, 2012.

Hagan, F. "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model". *Criminal Justice Review* 8 (1983): 52-57.

Herrera Flores, J. "La riqueza humana como criterio de valor". En *El vuelo de anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, editado por Herrera Flores, J. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000.

Izquierdo, R. y Ugalde, A. L. "La actividad cuasi-judicial del sistema de protección universidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes y Comité para la Protección de las Personas Discapacitadas: alcance y limitaciones". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4, cap. 6, 221-252. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional e Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Kleemans, E. "Theoretical perspectives on Organized Crime". En *The Oxford Handbook of Organized Crime*, editado por Morgan, Rod, Mike Maguire, Robert Reiner. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Lages, R., Francesconi, L., Araneda, C. y Rojas, J. "La actividad casi-judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4. cap. 8, 285-316. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Leroy, R. *Microeconomía*. Bogotá: McGraw Hill, 1990.

Levi, P. *Los hundidos y los salvados*, Barcelona: Aleph, 2005.

Mantilla, S. "Hacia una perspectiva 'glocal' del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales". *Papel Político* 14, n.º 2 (2009).

Medel, M. y Thoumi, F. "Mexican Drug 'Cartels'". En *Organized Crime*, editado por Paoli, L. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Nietzsche, F. *Consideraciones intempestivas*. Barcelona: Alianza, 2015.

Obokata, T. *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Olasolo, H. *Derecho internacional penal, justicia transicional y crímenes transnacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 2017.

Olasolo, H. "Epílogo: Reflexiones sobre la irrelevancia del *ser humano medio* para la transculturalidad neoliberal de la *ciudadanía global*". En *70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la Protección Universal de los Derechos Humanos en cuestión*, editado por C. Proner, H. Olasolo, C. Villar Durán, C. Back & G, Ricobom, vol. 2, 655-67. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Olasolo, H. y Cuenca, S. "Conclusiones sobre la función que cumple la justicia internacional a la luz de su alcance y limitaciones". En *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4, cap. 20, 733-760. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Olásolo, H. y Galain Palermo, P. *Los desafíos del derecho internacional penal: especial atención a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Olasolo, H., Lair, E. y Carcano, L. "Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia". *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (Anidip)* 6 (2018): 60-80.

O'Neil, S. "The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels". *Foreign Affairs* 88 n.º 4. (2009): 63-77.

Ortiz, L. "Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos". En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 23-48, editado por Martin, C., Rodríguez-Pinzón, D. y Guevara, J. A. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2004.

Oxfam-Intermon. *Una economía al servicio del 1%. Acabar con los privilegios y la concentración de poder para frenar la desigualdad extrema*, 2016. Disponible en https://goo.gl/P5qr2K.

Paternostro, S. "Mexico as a 'Narco-democracy'". *World Policy Journal*, 12 (1995): 41-47.

Pikaza, X. *Violencia y diálogo de religiones. Un proyecto de paz*. Santander: Sal Terrae, 2004.

Proner, C. "La justicia comunitaria como instrumento de lucha por derechos en el siglo xxi". *Estudios sobre justicia comunitaria en América Latina*, editado por Proner, C. y Back, C., vol. 8, cap. 1, 23-34. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2019.

Prieto, C. A. *Las Bacrim y el crimen organizado en Colombia*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung Colombia, 2013.

Ramírez Lemus, J. R. "La actividad judicial del sistema africano de protección de los Derechos Humanos: alcance y limitaciones". En *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, editado por Olasolo, H., Buitrago Rey, N. E., Canosa Cantor, J. y Bonilla Tovar, V., vol. 4, cap. 10, 347-395. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, 2018.

Remiro Brotons, A. *et al. Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Rexton, P. *Drug Trafficking and International Security*. Londres: Rowman & Littlefield, 2016.

Ríos, V. "How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets". *Journal of Conflict Resolution* 59, n.º 8 (2015): 1433-54.

Rodríguez, G. *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*. Ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas (FIPA). Ciudad de México, 2010.

Rojas, F. "Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano". En *América Latina y el Caribe: globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, editado por Rojas, F., Álvarez, A., Rojas, F. y Álvarez, A. Montevideo: Unesco-Flacso, 2011.

Samir, S. K. *Cien preguntas sobre el islam. Entrevista a Samir Khalil Samir*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2003.

Shaw, M. N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Villán Durán, C. y Faleh Pérez, C. *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*. Universidad de Alcalá de Henares y Asociación Española de Derechos Humanos, 2014.

Zaffaroni, E. "Il crimine organizato: una categorizzazione fallita". En *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali, tra Efficienza e Garanzi*, editado por Moccia, S., 65-75. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

El muro fronterizo entre Estados Unidos y México:
la tentación de violar derechos humanos

Laura Alicia Camarillo Govea*

Resumen

Desde la llegada de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos, ha resultado rentable su discurso en contra de los migrantes, que siempre va acompañado del anuncio de la construcción de un muro fronterizo. A esas afirmaciones hechas por Trump, se le han sumado una serie de medidas o políticas por parte de su gobierno, que, a nuestro juicio, podrían resultar violatorias de derechos humanos. En ese sentido, es pertinente revisar si aquellas medidas o políticas cumplen con los parámetros mínimos de protección de los derechos humanos. Ante tal escenario, en el presente capítulo se identificarán algunas medidas tomadas por el Gobierno de los Estados Unidos y se analizarán a la luz del derecho interamericano, para valorar si en efecto hay una latente tentación de violar derechos humanos.

Palabras clave: Trump, México, muro, derechos humanos, derecho interamericano.

* Decana, profesora-investigadora de la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1.

Abstract

Upon the arrival of Donald Trump to the presidency of the United States, the discourse against migrants has been predominant. His rhetoric has been accompanied by the threats of building wall. In addition, the US government has implemented several measures and/or policies that could be understood as violations of human rights. We need to explore to what extent Trump's measures towards migration control at the Mexican border comply with the minimum standards of human rights protection. This paper singles out some of the measures implemented by the Trump administration and analyses them using the Inter-American Law to assess whether there is a latent temptation to violate human rights.

Keywords: Trump, Mexico, wall, human rights, Inter-American Law.

A manera de introducción

El 14 de agosto de 2014 el entonces precandidato a la presidencia de la República de EE.UU. expresó en un tuit: "Debemos construir un muro". Esa afirmación en redes sociales propició lo que hasta el día de hoy es el estandarte que distingue a la administración de Trump: una permanente campaña para promover el muro que divide a México de EE.UU. y un discurso con colores populistas y xenófobos, que incluso al cierre de este texto generó una fuerte tensión diplomática con México, derivada de otra afirmación del mandatario mediante redes sociales; un tuit, el de 2014, serviría para definir un trazo de cómo abordar la migración a través de un discurso que tienta a violar derechos humanos.

Ciertamente, no estamos frente a una política estadounidense que aborda a la migración con un "nuevo enfoque" o incluso que se plantea cómo construir el muro fronterizo. Sin embargo, el otrora candidato estadounidense le ha dado empuje a un discurso contra los migrantes y no ha "quitado el dedo del renglón" para que finalmente se construya el tan anhelado muro, que en realidad sería una reconstrucción o remodelación del que ya lleva muchos años construido, al menos en una parte de la frontera norte que divide a ambos países. En este contexto, el propósito del presente capítulo es identificar algunas de las políticas del Gobierno

de los Estados Unidos, específicamente de Donald Trump, y analizarlas a la luz del derecho interamericano, para de esta manera comprender en realidad cómo se construye un muro o por qué aquellas políticas contravienen el derecho interamericano y el derecho internacional de los derechos humanos. Para tal efecto, nos ceñimos al análisis de cuatro supuestos que nos muestran las contravenciones al derecho internacional y de los derechos humanos.

1. Elementos a considerar para construir un muro

La construcción del muro que divide a Estados Unidos de México es una promesa de campaña redituable para Donald Trump. El muro que divide a ambos países existe, no en su totalidad, pero ahí está. Afirmar que la relación diplomática entre México y Estados Unidos se ciñe a tal "proyecto" sería mentir, pero al menos ese muro es una latente tentación para la violación de derechos humanos ya no contra los mexicanos que intentan cruzar a Estados Unidos de manera irregular, sino para toda aquella persona que intente cruzar al país estadounidense a través de México, sin importar cuál fuese su nacionalidad.

En este marco, consideramos que existen algunas premisas básicas que deben valorarse para poder discutir sobre "el muro y los derechos humanos" en el contexto de la migración irregular, particularmente de la migración que desemboca en México y Estados Unidos. Desde nuestra consideración, tales premisas serían: i) la existencia de tensiones "legales" entre México y Estados Unidos; y ii) el uso del término *muro* en el derecho internacional y Estados Unidos como Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A continuación, se revisarán estos supuestos y posteriormente se discutirán los ítems de la política migratoria de Donald Trump.

1.1. Sobre la existencia de tensiones "legales" entre EE.UU. y México en el ámbito internacional

Afirmar que hay ciertas tensiones entre Estados Unidos y México cobra sentido a partir de un caso particular: el caso Avena resuelto por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ). En agosto de 2004, dicha Corte resolvió el caso Avena y otros nacionales mexicanos *vs.* Estados

Unidos[1]; este es un asunto basado en la detención y luego sentencia de muerte en contra de 54 mexicanos migrantes "irregulares"[2] cuyos procesos penales en el sistema legal estadounidense violarían la Convención sobre Relaciones Consultares, ya que no se notificó de tales detenciones a las autoridades consulares mexicanas. La sentencia dictada por la CIJ resolvió a favor de México[3]. No obstante, EE. UU. ha sostenido que resulta complejo jurídicamente ejecutar la sentencia del más alto tribunal internacional; la decisión de la CIJ sobre *Avena* no constituye una ley federal aplicable directamente y decidió que obligaciones de los Estados Unidos pueden cumplirse mediante la aprobación de leyes federales[4].

Habiendo pasado más de 14 años desde la resolución del caso Avena, el Estado mexicano logró en diciembre de 2018 obtener una resolución favorable de la Asamblea General de la ONU[5] en la que se hace un llamado urgente para que se aplique en forma cabal e inmediata el fallo de la CIJ antes citado. En comunicado oficial, México manifestó que "seis ciudadanos mexicanos han sido ejecutados por las Cortes del estado de Texas, sin respetar la orden de la Corte Internacional de Justicia para revisar y en su caso, reconsiderar sus veredictos de culpabilidad y sentencias"[6].

---

[1] De tal sentencia, véase Bernardo Sepúlveda Amor, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo: el caso Avena*, (SCJN: 1.ª ed., 2013).

[2] El asunto concluyó en la discusión sobre 51 de esos 54 migrantes mexicanos condenados a diversas penas.

[3] En este caso, México sostuvo que EE. UU. infringió el artículo 36 (1) a, b, c y 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y argumentó que aquel Estado debería restituir a favor de México, es decir, anular las condenas de los mexicanos sentenciados a pena de muerte. El fallo emitido por la CIJ concluyó que al no informar a los mexicanos de sus derechos y al no notificar a las autoridades consulares mexicanas de los arrestos y condenas de sus nacionales, los EE. UU. habían violado sus obligaciones estipuladas en el art. 36 referido. Cfr. Pablo A. Arrocha Olabuenaga, "Caso Medellín *vs.* Texas". Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IX, (enero 2009).

[4] Cfr. Asamblea General 63.ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 2018.

[5] Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018, A/RES/73/257. Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato. A/RES/73/257 A/73/PV.63.

[6] Secretaría de Relaciones Exteriores. SRE-México. Comunicado de Prensa n.º 17 del 20 de diciembre de 2018.

La resolución de la ONU obtuvo 69 votos a favor, 66 abstenciones y 4 en contra, entre ellos el de Estados Unidos (además de Israel, Liberia e Islas Marshall). EE. UU., por su parte, consideró inapropiado que un asunto de carácter bilateral fuera llevado a la Asamblea General y afirmó que:

> nuestro voto no debe interpretarse como un rechazo de nuestras obligaciones internacionales relativas a la notificación y el acceso consulares… que el proyecto de resolución, que finalmente se aprobó, —no convertirá la decisión del Tribunal Supremo en vinculante para el Gobierno de los Estados Unidos. Por ello, en la solicitud de presupuesto del Presidente para el ejercicio económico de 2019 se incluyó una ley que facilitase medidas acordes con el fallo del caso Avena[7].

El caso Avena es un referente para los estudiosos del derecho internacional, por lo que hace a la discusión del debido proceso en la esfera internacional (cumplimiento de la Convención de Viena sobre relaciones consulares relativa a notificación consular); y por tratarse de una sentencia en la que discusión subyace por los derechos de los migrantes en situación irregular en Estados Unidos. Así pues, dicha sentencia no sería traída a colación si no fuera porque coincide con la "era Trump". El apoyo que México recibió en la Asamblea General de la ONU en recientes fechas es significativo, si bien no impacta directamente en la política migratoria de EE.UU., por lo menos inyecta cierta presión desde esa óptica, la internacional. En ese marco temporal y unos años antes, como señala Gómez Robledo[8], México solicitó y obtuvo una "opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que precisa y aclara el contenido y el alcance de los derechos que tiene todo Estado parte de la Convención de Viena, así como de los derechos reconocidos a los individuos que se encuentren en un país que no es el suyo. Estos derechos individuales fueron calificados por la Corte Interamericana

---

[7] *Supra* nota 6.

[8] Juan Manuel Gómez Robledo, "El caso Avena y otros nacionales mexicanos, México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia", *Anuario mexicano de Derecho Internacional* V (2005), 177, http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487872e.2005.5.

como auténticos derechos humanos". Así, al caso Avena le preceden "los insumos" de la jurisprudencia interamericana que se dan en el marco de la solicitud de opinión consultiva que hiciera México ante la Corte IDH[9].

1.2. Sobre el uso del término muro

Como premisa menor, pero que hemos de comentar, se encuentra lo relativo al uso del término *muro*; si bien no hay extensa doctrina respecto del tema o del uso del término específicamente[10], haremos una breve referencia a otro muro, aclarando desde ahora que, con las profundas distancias históricas, políticas y hasta religiosas entre los diversos casos se pueden analizar, el derecho internacional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre la construcción de muros, específicamente sobre el construido en Palestina. Así, en la opinión consultiva emitida por la CIJ, relativa a la construcción del muro en territorio palestino[11], además de pronunciarse sobre la competencia que tenía ese alto tribunal para dictar una opinión, la CIJ denunció tal construcción. Es decir, cobran relevancia los matices con los que se aborda la construcción de aquel muro, la CIJ lo denomina *muro* porque así le había denominado la Asamblea General de la ONU, mientras que Israel le había llamado *valla* o *cerca*[12]. En ese caso concreto, la CIJ discutió, *inter alia*, lo relativo al "trazado concreto" que ha escogido Israel para que el muro fuera necesario para conseguir sus objetivos en materia de seguridad. "El muro, a lo largo del trazado elegido,

---

[9] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal" (1999).

[10] Pueden consultarse Vanda Felbab-Brown, *The Wall: The Real Costs of a Barrier between the United States and Mexico*, (Brookings Institution Press, 2017); Sthepen Lynn, "Mexico, Immigration, and Trump: Towards Transborder Thinking", (2017); Cynthia Weber, "The Trump presidency, episode 1: simulating sovereignty", *Theory & Event* 20, n.º 1 (2017): 132-142.

[11] CIJ, Opinión Consultiva, "Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado", (2004).

[12] "La Corte explica que ha optado por utilizar el término 'muro' empleado por la Asamblea General, porque los otros términos utilizados 'valla' o 'barrera' no son más precisos si se entienden en su acepción física", párrs. 66-69. Señala además que la solicitud de la Asamblea General se refiere a las consecuencias jurídicas del muro que se está construyendo "en el territorio palestino ocupado […] y considera que no le incumbe examinar las consecuencias jurídicas de la construcción de las partes del muro que están en el propio territorio de Israel".

y su régimen conexo, infringen gravemente diversos derechos de los palestinos que residen en el territorio ocupado por Israel y las infracciones derivadas de ese trazado no pueden justificarse por exigencias militares ni por necesidades de seguridad nacional u orden público". En este fragmento recogido del *cas d'espece*, se observa "analógicamente" la justificación de la construcción del muro por cuestiones de seguridad. Ahora, ¿qué implicaciones podría tener la terminología? Parece que "suavizar" el término podría generar la empatía de quienes critican una construcción con miras a separar dos territorios.

En el caso del muro fronterizo entre México y Estados Unidos, sabedores de dos soberanías cuyos límites están claramente establecidos, ya existe de manera previa a la llegada de Trump a la presidencia un muro fronterizo que recorre la mayor parte del territorio mexicano o estadounidense; lo que en realidad propone Trump es el reforzamiento de este por temas de seguridad nacional[13]. Sin embargo, llama la atención que en recientes fechas Trump, quien enfrenta la resistencia del Congreso para financiar su billonario proyecto de muro, ha optado por llamar al muro "bello muro"[14].

1.3. Sobre la pertenencia de Estados Unidos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: algunas precisiones

Estados Unidos ha expresado que la Declaración es "solo una manifestación acordada de principios generales sobre derechos humanos, no obligatorios"[15] y un "instrumento no-vinculante que por sí mismo no genera derechos o impone obligaciones legales sobre los Estados signatarios"[16], reconoce la

---

[13] Se sugiere revisar: Michael Gonchar, "Deconstructing the Wall: Teaching About the Symbolism, Politics and Reality of the U.S.-Mexico Border, New York Times", consultado junio 6, 2019, https://www.nytimes.com/2019/01/06/learning/lesson-plans/border-wall-lesson-plan.html

[14] "The Democrats, are saying loud and clear that they do not want to build a Concrete Wall — but we are not building a Concrete Wall, we are building artistically designed steel slats, so that you can easily see through it […] It will be beautiful and, at the same time, give our Country the security that our citizens deserve. It will go up fast and save us BILLIONS of dollars a month once completed!". Tuits del 19 de diciembre de 2018.

[15] CIDH, Caso 10.573, Informe n.º 31/93, párr. 21.

[16] Ibíd., párr. 24.

facultad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de interpretarla[17]. Ha manifestado también la jurisprudencia de la Corte IDH en la cual se interpreta que la Convención Americana no resulta aplicable a sus obligaciones bajo la Declaración Americana y que, de la misma forma, "las opiniones consultivas de la Corte IDH que interpretan otros tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), no resultan relevantes". Esa es básicamente la posición de Estados Unidos, más allá de compartir esa postura, una de las preguntas que hemos de responder tiene que ver con por qué analizar las políticas de Estados Unidos o incluso la construcción del muro a la luz del derecho interamericano. Al respecto, la Corte IDH, en su opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, señaló que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al Sistema interamericano[18] y que, en aras de la necesidad de claridad y aplicación uniforme de los derechos humanos básicos internacionales de los migrantes, decidió que esta aplicaba a los Estados Miembros de la OEA —entre ellos, Estados Unidos—, que han firmado la carta de la OEA, Declaración Americana, Declaración Universal, etc., independientemente de que hayan o no ratificado la CADH.

La interpretación de la Corte IDH respecto de los derechos a favor de la persona humana no tendrían condicionantes. Más allá de ser dueña de su competencia *competende dè la competence*, hay un legítimo derecho de que en el caso concreto se analicen las políticas o medidas en el espectro del sistema interamericano y en general del derecho internacional de los derechos humanos.

---

[17] CIDH, Caso 12.626, Informe n.º 80/11, párr. 3.

[18] Corte IDH, Opinión Consultiva n.º 18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, (2003), párr. 119.

1.4. Imposición de aranceles por no reducir la migración

Al cierre del presente texto, en la relación entre México y EE.UU. había cierta tensión diplomática porque el presidente Trump manifestó a través de redes sociales que, de no detener el tráfico migratorio, habría de imponer aranceles del 5% a México, señalando incluso una fecha límite para tal cumplimiento. Dicha situación impactó en los mercados financieros y, por qué no decirlo, en las medidas migratorias que el Estado mexicano debe tomar, dando así cierto revés a la política de "puertas abiertas" para los nacionales de Centroamérica que había anunciado el reciente presidente mexicano.

Sin duda este escenario "imprevisto" se trae a colación, porque este nuevo escenario, que generó algunas medidas en México para "contener/controlar" la migración centroamericana, podría llevar a la criminalización de los migrantes pero en México. ¿Acaso no es este un nuevo muro? No puede pasar desapercibido el más reciente suceso en el que el Gobierno mexicano se ve envuelto gracias a un tuit: la amenaza de tarifas arancelarias contra las exportaciones mexicanas hasta en tanto se detenga la migración. Si bien este suceso amerita una discusión de mayor calada con matices relativos a la diplomación mexicana, al comercio entre ambos países, etc., basta decir que México aparentemente transó entre aranceles y migración, hoy la frontera surmexicana tiene su propio muro: la Guardia Nacional mexicana, vigilando/controlando el flujo migratorio, de nueva cuenta, en los márgenes interamericanos e incluso en los contenidos sobre migrantes, asilados y refugiados, amparados por el derecho internacional de los derechos humanos y, en general, por el derecho internacional. A nuestro juicio, este escenario es propicio para fomentar la xenofobia o expansión en la criminalización de las personas migrantes (sin distinguir acaso su estatus de refugiados o asilados), frente a tantos señalamientos, a su situación de vulnerabilidad, su criminalización es, por decir lo menos, una realidad o una muy próxima situación.

2. Sobre la política migratoria de Estados Unidos y sus inconvencionalidades (análisis a la luz del derecho internacional de los derechos humanos)

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha definido "política migratoria" como aquella que está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos

administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.

Durante la administración de Trump se ha dado especial atención a las políticas migratorias que hoy sometemos a debate. Para Koh, la cara más visible de Trump, en política internacional, ha sido la migración: retirar fondos federales para las ciudades santuario, control irrestricto de las fronteras y el muy repetido anuncio de que México pagará por la construcción del muro[19]. Aunque quizá la medida más drástica y dolorosa fue la de separar a los padres migrantes de sus hijos.

Bajo este escenario, como se indicó anteriormente, nos abocaremos al análisis de cuatro medidas (políticas) migratorias que tienen un impacto directo en México y su frontera. Tres de esas políticas, como se verá, tienen como centro a las personas migrantes (el Título 8 de Código 1325, la efectividad de la Sección 235 y la política de tolerancia cero), y la última, la Orden Ejecutiva 13767, que se relaciona con la justificación de la construcción del muro (o reconstrucción).

A continuación, analizaremos cada una de esas políticas. A pesar del argumento que el Gobierno de Estados Unidos sostiene (en esencia, la inaplicación de los convenios interamericanos y otros tratados, y el carácter no vinculante de la Declaración Americana), es ineludible revisar las medidas bajo el canon interamericano o universal de los derechos humanos, como ahora lo haremos, porque, como sostuvo la CIDH y "debido al creciente uso de la detención migratoria, era relevante efectuar investigaciones sobre la compatibilidad de las políticas y prácticas en esa materia, con las obligaciones internacionales de derechos humanos de Estados Unidos"[20].

2.1. Código de Estados Unidos, Título 12, Sección 1325

La reforma que tuvo el Código de Estados Unidos (US Code) relativo al Título 12 Sección 1325 (*improper entry by alien*)[21] es de especial importancia

---

[19] Harold Hongju Koh, *The Trump Administration and International Law*, (Oxford University Press, 2019), 22.

[20] CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso, (2011), 4.

[21] Código de Estados Unidos, Título 12, Sección 1325, última modificación junio 5, 2019, https://www.law.cornell.edu/uscode/text/8/1325

de cara a la situación vulnerable en la que se encuentran los migrantes. Hay que decir, para empezar, que esta sección "criminaliza" a los migrantes, pues, como se señala en dicha sección, puede haber prisión para los migrantes. La sección 1325 dispone que

> cualquier extranjero que 1) entre o intente entrar a los Estados Unidos en cualquier momento o lugar que no sea el designado por los oficiales de migración, 2) eluda la inspección o examen de los oficiales de migración o 3) intente entrar o entre a los Estados Unidos de manera engañosas será, en la primera comisión de ese delito, multado bajo el título 18 o encarcelado no más de 6 meses, o ambos, y de reincidir en alguno de estos supuestos, será multado bajo lo previsto en el artículo 18 o encarcelado no más de dos años.

De esta manera, con la imposición de penas se avanza en la criminalización de las personas.

Como sabemos, los Estados están facultados para establecer políticas migratorias. La Corte IDH ha sostenido que, en ese ejercicio, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por estas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes[22]. Ante tal supuesto, cabría preguntarnos si la imposición de una pena por el cruce ilegal a un país atiende al respeto de los derechos humanos de una persona. Nos parece que los supuestos que plantea el Título 12, Sección 325 del Código de Estados Unidos, pierde de vista el contexto en el que se presentan estos escenarios, es decir, las personas migrantes se ven forzadas a migrar en busca de mejores condiciones de vida. La Corte Interamericana ha sostenido

[22] Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs*. República Dominicana, (2014), párr. 350.

que la condición de migrantes es "una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)"[23], por tanto resulta inadmisible considerarlos "delincuentes", o cualquiera que sea la denominación que no se expresa en la Sección 1325 pero que se concreta con la detención de la persona.

Las medidas impuestas en Estados Unidos son, en principio, incompatibles con los estándares de protección de los derechos humanos; la migración como fenómeno social dista mucho de un "acto criminal" como se ha "etiquetado" bajo el mandato de Trump. Contrario a lo que se estableció en la sección en comento, en el contexto mundial se ha apelado a que los Estados garanticen la protección de los derechos humanos de los migrantes,[24] situación que de la revisión normativa estadounidense no se desprende.

Desde la óptica interamericana, debe existir reconocimiento a situaciones de vulnerabilidad. Aunado a ello, la Asamblea General de la ONU estableció en su resolución sobre "Protección de los Migrantes" que la situación de vulnerabilidad atiende, *inter alia*, a que estos no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como a las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular. De la Sección 1325 nada de ello se desprende o, como mínimo, no tiene base normativa considerando las condiciones que aquí se mencionan.

---

[23] Corte IDH. Opinión Consultiva número 18/03, *supra* nota 19, párr. 112.

[24] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes", (2000); cfr. Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague, (1995), Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, (1994).

2.2. Orden Ejecutiva 13767 del 25 de enero de 2017

El 25 de enero de 2017 el presidente Trump emitió la orden ejecutiva sobre el cumplimiento de las leyes migratorias (*inmigration enforcement improvements*)[25].

Esta es una orden de seguridad fronteriza diseñada como medio para proteger la seguridad nacional y reducir la criminalidad y terrorismo. La Orden 13767[26] establece, *inter alia*, los siguientes supuestos: en la Sección 1 señala que "no se pueden instrumentar de manera fehaciente las leyes migratorias de los Estados Unidos si se realizan excepciones de grupos o categorías de extranjeros deportables de una aplicación potencial de la ley migratoria"; en la Sección 2 expresa que se debe "a) Asegurar la frontera sur de los Estados Unidos a través de la construcción inmediata de una barda fronteriza en la frontera sur, monitoreada y apoyada por personal adecuado para prevenir la inmigración ilegal, el tráfico humano y de drogas, y actos de terrorismo"; en esta orden se le da carácter de seguridad nacional a la construcción (o renovación) del muro fronterizo y señala que entre los objetivos que se pretenden cumplir es "la prevención del terrorismo"; y en la Sección 5 estipula la necesidad de aumentar la capacidad carcelaria migratoria autorizando el uso de todos los recursos legales posibles para "establecer contratos de construcción, operación, y control de los centros de detención cerca de la frontera" y clasificando el tipo de personas que deben ser deportadas, es decir, que "han sido condenados por cualquier delito criminal; han sido acusados de cualquier delito criminal, cuando tal cargo aún no se haya resuelto; han cometido actos que se puedan construir en delito criminal imputable; sean sujetos a una orden final de remoción (deportación)", pero que no han dado cumplimiento legal a su obligación de salir de los Estados Unidos y que, de acuerdo al criterio

---

[25] Un estudio más detallado lo realizó Alejandra Castañeda, *La política migratoria en Estados Unidos: los primeros meses de la administración Trump*, Observatorio de Legislación y Política Migratoria. Colef. (2017).

[26] Esta Orden incluye otros aspectos tales como b) detener a individuos arrestados bajo la sospecha de violar leyes federales o estatales, c) hacer expedita las determinaciones sobre la elegibilidad de permanecer en Estados Unidos de los individuos detenidos; d) pronta remoción de los individuos cuyos reclamos legales de permanecer en Estados Unidos han sido legalmente rechazados, etc.

del oficial de migración, representan un riesgo a la seguridad pública o seguridad nacional.

Siendo así que lo primero que se observa es la alusión a distintas categorías de personas, en este rubro la orden ejecutiva plantea que no deben realizarse excepciones de "extranjeros deportables". Estamos frente una distinción arbitraria y, por ende, discriminatoria. Por otro lado, un aspecto medular de esta orden es la construcción sobre la que basan la construcción del muro, es decir, plantea una necesidad de asegurar la frontera para evitar el tráfico de personas, drogas y actos de terrorismo. Tal parece que la construcción del muro tiene una base legal: la orden ejecutiva. Si acaso esto fuera poco, se añade un elemento especial: construir un muro para combatir el terrorismo.

Nos parece que, so pretexto de la seguridad nacional, se esconde una medida que tiene un origen xenofóbico y es que históricamente la frontera entre Estados Unidos y México no revela o refleja el tránsito de terroristas que pudieran poner en peligro la seguridad nacional estadounidense, al margen del resto de los alegatos de Estados Unidos. Aludir a la migración, particularmente la mexicana y centroamericana, como una fuente de violencia generalizada que impone inseguridad nacional a Estados Unidos es un discurso vacío pero que es altamente escuchado por aquellos que rechazan a un sector de la población por su nacionalidad o condición social o económica. Para el TEDH, en el caso D. y N. T *vs.* España[27], "es la autoridad y el control que un Estado ejerce sobre un territorio o sobre una persona lo que determina la aplicabilidad de sus obligaciones jurídicas internacionales y no la nacionalidad de la persona o su localización geográfica".

Los alcances de esta orden fueron amplios y contundentes. Ahí se plantea retirar el apoyo de fondos federales en las "ciudades santuario"[28] y otros aspectos que, como se resumía anteriormente, solo exacerban la discriminación de los extranjeros (latinoamericanos) en Estados Unidos.

---

[27] TEDH, Caso N. D. y N. T. *vs.* España (Demandas n.º 8675/15 y 8697/15), sentencia del 3 de octubre de 2017.

[28] Las ciudades santuario están conformadas por San Fancisco, Los Ángeles, Nueva York, etc. Estas nacen, con la resolución HR 4437, para impedir cumplir cualquier ley federal que criminalice personas indocumentadas.

2.3. Política de tolerancia cero del 6 de abril de 2018

La política de tolerancia cero por la entrada ilegal (*criminal illegal entry*) se refiere que al infringir el Título 8 del Código 1325 inciso (a); en la que se advierte que "la situación de la frontera sur es inaceptable. El Congreso ha fallado en emitir legislación efectiva que salvaguarde los intereses de la Nación. Teniendo como resultado, crisis en la frontera sur que necesita mayor refuerzo para perseguir a aquellos que escogieron cruzar la frontera de forma ilegal"[29]. El abogado Jeff Sessions agregó a esta política que "aquellos que desean desafiar el compromiso de la administración de Trump, por el interés público, la seguridad nacional y el estado de derecho, les advierto: la entrada ilegal no será recompensada, por el contrario, será perseguida por el poder del Departamento de Justicia".

Observamos una vez más el tratamiento a la migración como una cuestión relacionada con actos criminales. La política de tolerancia cero refrenda ese discurso y además le agrega componentes como la amenaza, la crisis fronteriza y la seguridad nacional.

Al respecto, la Corte IDH ha sido muy puntual, al señalar que

> la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio.

Tomar medidas para control migratorio no es inconvencional, "lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa".[30] Esta política concatena de manera natural con el resto de las

---

[29] Anuncio del Abogado general de EE. UU. Jeff Sessions del 6 de abril de 2018, relativo a tolerancia cero por entrada ilegal, última revisión junio 4, 2019, https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry.

[30] Corte IDH, Opinión Consultiva n.º 18/03, *supra* nota 19, párr. 100.

medidas o políticas que se han tomado y que consideramos que se alejan de los estándares interamericanos, ya que no observamos una alusión o trato a las personas migrantes reconociendo su sensible situación.

2.4. Efectividad de la Sección 235 (b) (2) (c) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad del 20 de diciembre de 2018 que entró en vigor 20 de enero de 2019

Esta sección permite al Departamento de Seguridad Interna de Estados Unidos (DHS, por sus siglas en inglés) que de manera discrecional haya procedimientos de remoción de ese país para aquellas personas que han ingresado al territorio estadounidense vía terrestre, y que ahí han empezado un procedimiento de regularización. La decisión de remoción del país implicaría que las personas esperen en un país contiguo (en este caso, México) su proceso de regularización migratoria en Estados Unidos, y solo reingresarían a aquel país en caso de que un juez apruebe su solicitud. En enero de 2019, se publicó un memorándum en el que se instruye a los oficiales de DHS a que actúen en respeto al principio de *non refoulment* contenido en la Convención de 1951[31], sobre todo en casos de que un extranjero alegue que de retornarlo a México, podría correr peligro su vida.

Es importante el énfasis que recientemente pone el Gobierno de Estados Unidos en el respeto al principio de no devolución. Para Alesio Mirra, México está deliberadamente sujetando su autonomía soberana en decidir las formas y las modalidades de ingreso de extranjeros a su territorio, a las políticas migratorias de los Estados Unidos; y eso conduciría a una discusión incluso diplomática; sin embargo, esta sección de la Ley de Migración pone en jaque los principios básicos relativos a las personas refugiadas[32]. Si bien es cierto que se ha difundido recientemente el memorándum que recuerda las obligaciones internacionales frente a las personas cuyas vidas corren peligro, esta sección es un atentando contra el principio de no devolución y deja en manos "discrecionales" de los agentes migratorios la decisión de retornarlos a México o no. Isaacson[33]

---

[31] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, (1951).

[32] Alesio Mirra, "Externalizaciones que se convierten en realidad", *Animal Político*, https://www.animalpolitico.com/columna-invitada/externalizaciones-que-se-convierten-en-realidad/

[33] David Isaacson, Destroying the Case in Order to Save It: Why Returning Asylum

> sostiene que regresar una persona mexicana solicitante de la condición de refugiado a México es una violación del principio de no devolución. El comunicado del DHS manifiesta que las personas extranjeras deportadas a México tendrían acceso a los ministerios públicos y a los juzgados estadounidenses encargados de su caso, sin embargo, no se establecen las modalidades para ello ni se mencionan cuáles serían los procedimientos para garantizar la efectiva participación de los solicitantes. Lo más probable es que las personas carecerán de los recursos necesarios para acceder a una defensa legal efectiva, etc.

Ante estas medidas, el Gobierno mexicano fijó posición señalando que "reafirma su derecho soberano de admitir o rechazar el ingreso de extranjeros a su territorio", en ejercicio de su política migratoria. En general, el Gobierno de México sin constituirse en "tercer país seguro", ha autorizado "estancias" temporales y humanitarias para ciertas personas extranjeras, permisos para entrada y salida del país, permisos de trabajo y protección constitucional, y sin embargo la pregunta permanece: se viola o no el principio de *non refoulment*.

Es oportuno traer a colación el criterio de la Corte Interamericana, que recientemente tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido que "el principio de no devolución o *non-refoulement* constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y solicitantes de asilo"[34]. El principio de no devolución en este ámbito ha sido reconocido como una norma consuetudinaria de derecho internacional[35] vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la

---

Applicants to Contiguous Territory Under INA §235(b)(2)(C). Would Often Violate Both Law and Common Sense, última modificiación de junio 4, 2019, http://blog.cyrusmehta.com/2017/02/destroying-the-case-in-order-to-save-it-why-returning-asylum-applicants-to-contiguous-territory-under-ina-§235b2c-would-often-violate-both-law-and-common-sense.html

[34] Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo *vs*. Bolivia, (2000) párr. 151.

[35] UN doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001, que en su párrafo 4 indica: "Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional".

Convención de 1951 o el Protocolo de 1967[36]. Por lo tanto, y no obstante lo que aparentemente pareciera, pretende convertir a México en un "tercer país seguro"; en estricto apego a los parámetros internacionales e interamericanos, Estados Unidos tiene la obligación de dar trámite hasta su conclusión a las solicitudes de asilo o refugio que reciba.

Conclusiones

Este texto es solo la antesala de lo que también juega como política migratoria y como campaña electoral, ya que el presidente de Estados Unidos junto con estas medidas y otras incluso más graves (separación de niños y padres/madres migrantes) pretende inhibir la migración.

La construcción del muro ha funcionado políticamente, pero ha sido también la oportunidad de concretar algunas decisiones o medidas que desde nuestra óptica exacerban la discriminación, como antes lo hemos dicho. Las medidas que aquí se expusieron tales como la orden ejecutiva, la Sección 1325, etc., no necesariamente reflejan la preocupación de la seguridad nacional de Estados Unidos, sino un discurso de discriminación; tampoco son el resultado de un análisis pormenorizado de la violencia en Estados Unidos, cuyas causas lejos están de las fronteras. Por lo que hace al muro, al reconstruido en realidad, la orden ejecutiva lo dibujó. En el marco de la protección contra el terrorismo, el presidente Trump justificó la urgencia de conseguir recursos para tales fines y, como se sostuvo aquí, no hay ni mínimamente una reflexión en torno al derecho internacional o, peor aún, a su derecho interno.

Si el propósito de este trabajo era analizar las políticas o medidas señaladas a la luz del sistema interamericano y, en general, del derecho internacional de los derechos humanos, tal parece que resulta relativamente ocioso por no encontrar un mínimo de elementos en todas estas medidas. Por el contrario, consideramos que estas anulan la posibilidad de justificar la migración en el contexto que lo han hecho los expertos en la materia y que, no obstante en el último dictamen que se alude (*supra* 2.4), se subraya

---

[36] Corte IDH, Opinión Consultiva número 25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), (2018).

tomar en cuenta el principio de no devolución; también es verdad que los procesos administrativos de migración para las personas que aplican se demoran y podrían poner en riesgo otros derechos.

En general, con la administración de Trump, que podría extenderse otros cuatro años, vemos ahogados los principios de la dignidad humana de las personas migrantes y sus derechos humanos, pues ha llevado al extremo de "positivizar" su discurso contra los migrantes y contra México. ¿Acaso el muro en construcción es la tentación para violar derechos humanos? Por lo menos, y como se expuso, no se cumplen con los estándares que ha fijado el sistema interamericano.

Bibliografía

Arrocha Olabuenaga, Pablo A. "Caso Medellín *vs*. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IX, (enero 2009), 677-705.

Castañeda, Alejandra. Alejandra Castañeda. *La política migratoria en Estados Unidos: los primeros meses de la administración Trump*. Observatorio de Legislación y Política migratoria. Colef., 2017.

Felbab-Brown, Vanda. *The Wall: The Real Costs of a Barrier between the United States and Mexico*. Brookings Institution Press, 2017.

Gómez Robledo, Juan Manuel. "El caso Avena y otros nacionales mexicanos, México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* V, (2005): 173-220.

Gonchar, Michael. "Deconstructing the Wall: Teaching About the Symbolism, Politics and Reality of the U.S.-Mexico Border, New York Times". Consultado junio 6, 2019. https://www.nytimes.com/2019/01/06/learning/lesson-plans/border-wall-lesson-plan.html

Hongju Koh, Harold. *The Trump Administration and International Law*. Oxford University Press, 2019.

Isaacson, David. Destroying the Case in Order to Save It: Why Returning Asylum Applicants to Contiguous Territory Under INA §235(b)(2)(C). Would Often Violate Both Law and Common Sense.

http://blog.cyrusmehta.com/2017/02/destroying-the-case-in-order-to-save-it-why-returning-asylum-applicants-to-contiguous-territory-under-ina-§235b2c-would-often-violate-both-law-and-common-sense.html

Lynn, Stephen. "Mexico, Immigration, and Trump: Towards Transborder Thinking". (2017).

Mirra, Alesio. "Externalizaciones que se convierten en realidad", *Animal Político*. https://www.animalpolitico.com/columna-invitada/externalizaciones-que-se-convierten-en-realidad/ (2018).

Sepúlveda Amor, Bernardo, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo: el caso Avena*, 1.ª ed. SCJN, 2013. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487872e.2005.5

Weber, Cynthia. "The Trump presidency, episode 1: simulating sovereignty". *Theory & Event* 20, n.º 1 (2017): 132-142.

Jurisprudencia y otras resoluciones

CIDH. Caso 10.573. Informe n.º 31/93.

CIDH. Caso 12.626. Informe n.º 80/11.

CIDH. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso (2011).

CIJ. Opinión Consultiva "Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado", 2004.

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs*. República Dominicana, 2014.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo *vs*. Bolivia, 2000.

Corte IDH. Caso Vélez Loor *vs*. Panamá, 2010.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1999.

Corte IDH. Opinión Consultiva n.º 25/18. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 2018.

Corte IDH. Opinión Consultiva n.º 18/03. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 2003.

TEDH. Caso N. D. y N. T. *vs*. España, 2017.

Documentos oficiales

Anuncio del Abogado general de EE.UU. Jeff Sessions del 6 de abril de 2018, relativo a tolerancia cero por entrada ilegal, última revisión junio 4, 2019. https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry.

Asamblea General 63a sesión plenaria, 20 de diciembre de 2018.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes", 2000.

Código 1325, título 8, última modificación junio 5, 2019, https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/SCODE-2011-title8/pdf/USCODE-2011-title8-chap12-subchapII-partVIII-sec1325.pdf

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adoptada el 13 de diciembre de 2001.

Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague, 1995, Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 1994.

Resolución aprobada por la Asamblea General (2018), A/RES/73/257. Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato. A/RES/73/257 A/73/PV.63.

Secretaría de Relaciones Exteriores. SRE-México. Comunicado de Prensa n.º 17 del 20 de diciembre de 2018.

La creación de la Guardia Nacional en México, sus retos en materia de seguridad pública, a fin de garantizar la seguridad e integridad de las personas, como un derecho humano

Daniel Jiménez Sánchez*

Resumen

En marzo del 2019, entró en vigor en México la creación de la Guardia Nacional, la cual estará integrada inicialmente por el Ejército, Marina y Policía Federal. Sin embargo, el problema de seguridad pública en México sigue persistiendo. ¿Cuáles son los retos a los que se enfrentara la Guardia Nacional? ¿Garantizará la seguridad e integridad de las personas? ¿Saben aplicar el uso y empleo de la fuerza? Hace algunos años, el Estado consideró necesario que las autoridades encargadas por mandato constitucional de la seguridad pública fueran auxiliadas por las Fuerzas Armadas (Ejército, Fuerza Aérea y Marina Armada de México). Después de varios años de venir realizando estas actividades, las Fuerzas Armadas han sido ovacionadas y criticadas por su participación en labores de seguridad pública, ya que la mayor parte de la población ve bien la presencia de las Fuerzas Armadas en las calles, pero también hay a quienes no les agrada. El caso es que tanto Fuerzas Armadas como Guardia Nacional realizarán actividades de

* Capitán de Justicia Militar y licenciado en retiro del Ejército mexicano, Integrante del Foro Internacional de Justica A. C., en Ciudad de México.

seguridad pública. La falta de una ley específica que faculte su actuación y una ley de procedimientos que regule la forma de proceder dan lugar a que estas instituciones, que realizan actividades de seguridad pública, redacten manuales y protocolos de actuación con base en estándares internacionales sobre el uso y empleo de la fuerza. Sin embargo, la capacitación y profesionalización a sus integrantes no parece la adecuada, ya que la forma de interpretación de los manuales y protocolos sobre el uso y empleo de la fuerza no se hace correctamente, provocando violaciones a los derechos humanos y, por lo tanto, la intervención de instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Guardia Nacional, uso y empleo de la fuerza, ley, ley de procedimiento, capacitación y profesionalización, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

In March 2019, the Mexican National Guard was created and it was initially formed by the Army, the Navy, and the Federal Police. Nonetheless, the problem of public security in Mexico persists. What are the challenges that the National Guard will face? Will they guarantee the security and integrity of people? Do they know how to exert and use force? Some years ago, the State considered necessary that the authorities in charge of the public security by constitutional mandate were helped by the Armed Forces (Mexican Army, Air Force, and Navy). After a few years performing these activities, the Armed Forces have been both acclaimed and criticized for their participation in public security tasks as most of the population likes the presence of Armed Forces in the street, although some people disagree. The point is that both the Armed Forces as well as the National Guard will perform public security tasks. The lack of a specific law that allows their acting as well as a procedural law that regulates their procedural acting makes it possible that these institutions, that perform public security activities, write up manuals and action protocols using international standards in the use of force. Nonetheless, the training and professionalization to their members doesn't seems to be the right one because the interpretation of this manuals and action protocols is not made correctly, causing human rights violations, and accordingly, the interventions of international bodies such as the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Mexican National Guard, use and employ of force, law, procedural law, capacitation and profesionalization, Inter-American Court of Human Rights.

Introducción

La finalidad de escribir el presente capítulo es porque en México existe un problema de inseguridad. Los cuerpos de Policía pública pertenecientes a la Secretaría de Seguridad Pública no son suficientes para poder controlar este problema de inseguridad. El Estado, como principal garantista de seguridad, dispuso de las Fuerzas Armadas de México (Ejército, Fuerza Aérea y Marina Armada de México) para que realizaran misiones de seguridad pública, sin embargo ante esta situación, los miembros de las Fuerzas Armadas al realizar estas funciones se vieron involucrados en violaciones a derechos humanos, situación que llevó a que organizaciones de derechos humanos se manifestaran en contra, incluso hubo quienes presentaron quejas a instancias internacionales, como lo son la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Por asuntos de su competencia, también hubo organizaciones internacionales que presentaron informes a la Corte Penal Internacional (CPI) por supuestos crímenes internacionales. Recientemente, en México hubo cambio de administración y el Gobierno en turno proveniente de izquierda propuso la iniciativa para la creación de la Guardia Nacional, integrada en su gran mayoría por miembros de las Fuerzas Armadas bajo la dirección administrativa de la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) y en la parte operativa a cargo de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena).

1. La creación de la Guardia Nacional en México

Con la entrada en funciones del nuevo Gobierno en México, a cargo del presidente Andrés Manuel López Obrador, se propuso la creación de un cuerpo de seguridad que hiciera frente a los problemas de inseguridad que tanto azota a la población. La Constitución establece que la seguridad pública corresponde al Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios[1]. Los fines de la seguridad pública

[1] La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad

son garantizar la vida, la integridad, las libertades y el patrimonio de las personas. En marzo de 2019, entró en vigor el decreto mediante el cual se crea la Guardia Nacional, siendo esta una institución de carácter civil, profesional y disciplinado. La formación que tendrán los integrantes de la Guardia Nacional será con base a una Policía que se enfoque principalmente en el servicio a la sociedad, la disciplina, el respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley, al mando superior, y en lo conducente a la perspectiva de género. En el decreto mediante el cual se crea la Guardia Nacional se establece que durante cinco años a partir de su entrada en vigor, mientras la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implementación territorial, el presidente de la República podrá disponer de la fuerza armada permanente en tareas de seguridad pública, situación que desde mi opinión personal ya se viene presentando desde hace varios años, ya que las Fuerzas Armadas se han hecho cargo de la seguridad pública, sobre todo en entidades federativas donde el crimen organizado ha sobrepasado a las policías.

1.1. Integración de la Guardia Nacional

Inicialmente este cuerpo de seguridad nacional estará integrado por la Policía Militar, Policía Naval y Policía Federal, y dependerá de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, dependencia que a su vez elaborará la estrategia de seguridad nacional. La Secretaría de Seguridad Pública se encargará del manejo administrativo, ya que en lo operativo estará bajo el mando de un militar en situación de retiro del Ejército mexicano. De igual forma, estará integrada por una coordinación operativa institucional, la cual estará integrada por un representante de la

---

y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, *Diario Oficial de la Federación*, consultado abril 10, 2019, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019.

Policía Federal, un representante de la Secretaría de la Defensa Nacional y uno más por parte de la Secretaría de Marina[2].

2. Narcotráfico y crimen organizado en México

El narcotráfico en México tiene sus orígenes en los estados del norte, principalmente Durango, Sinaloa y Chihuahua, sin dejar de ver hacia los estados de Guerrero y Michoacán. El narcotráfico es el comercio ilegal de drogas tóxicas en grandes cantidades. El proceso (que comienza con el cultivo de las sustancias, sigue con la producción y finaliza con la distribución y la venta) suele ser realizado por diversas organizaciones ilícitas (denominadas carteles) que se especializan en distintas partes. La lucha contra el narcotráfico en México es un conflicto interno que enfrenta el Estado contra las bandas que controlan diversas actividades ilegales, principalmente el tráfico ilegal de drogas; esta lucha se viene dando desde varios años atrás, sin embargo, quedó marcado para la historia el hecho de que el 11 de diciembre de 2006, cuando el Gobierno federal anunció un operativo contra el narcotráfico en el estado de Michoacán, donde a lo largo de 2006 se había contabilizado cerca de 500 asesinatos de miembros de los cárteles del narcotráfico[3].

Para enfrentarlos, el Gobierno mexicano ha privilegiado el uso de las Fuerzas Armadas. Desde el inicio del conflicto, se ha movilizado a la Policía Federal en compañía de los cuerpos de seguridad de cada entidad federativa y de diversos municipios; a ellos se han sumado el Ejército y la Marina.

El expresidente Felipe Calderón desde el inicio de su administración (fines de 2006), al declararle la guerra al "narco" e iniciar el operativo conjunto Michoacán, primera de las acciones en que se manda a más de 5000 soldados, marinos y policías al sureño estado mexicano a librar una "batalla" contra el crimen organizado[4].

---

[2] Milenio, consultado abril 18, 2019, https://www.milenio.com/politica/amlo-presenta-a-mando-de-guardia-nacional.

[3] Estado Mayor de la Defensa, *Manual de actuación del personal del Ejército y Fuerza área Mexicanos en la lucha permanente contra el narcotráfico*, 1ª ed., (México D. F: Estado Mayor de la Defensa Nacional, 1998), 49-78.

[4] Wilbert Torre, *Narcoleaks, La alianza México-Estados Unidos en la guerra contra el crimen organizado*, 1.ª ed., (México D. F.: Grijalbo, 2013), 163-176.

Transcurrieron más de cuatro años de aquel toque de trompeta, es difícil, salir en defensa de esta estrategia, que entiende al narcotráfico más como un problema de seguridad que como uno de salud pública al que hay que atajar por medios eminentemente policíacos y militares.

2.1. El crimen organizado, un problema en materia de seguridad en México

En la actualidad, se ha agudizado la inseguridad en México, siendo el punto de atención a nivel internacional, tomando en consideración la situación geográfica en la que se encuentra México, cercano a un país poderoso, el cual muestra un alto interés en la adquisición de drogas. Esto lleva a que nuestro país sea usado como paso obligado por parte de las diferentes organizaciones del crimen organizado, teniendo como resultado que exista un alto grado de inseguridad, volviéndose un problema social, público, económico y gubernamental de carácter internacional.

Existen diversos estudios y diagnósticos de la inseguridad en México. Bergman, Magaloni, Negrete y Azola, y Zepeda concluyeron que existe una ineficacia por parte de las instituciones responsables de combatir el crimen organizado; sin embargo, en el ámbito nacional ha aumentado la inseguridad pública, principalmente en ciudades fronterizas entre México y Estados Unidos, como son los estados de Baja California, Chihuahua, Tamaulipas y Sonora[5].

La inseguridad pública no es un problema reciente en México, debe de considerarse como uno de los problemas nacionales más importantes que afecta la seguridad de las personas y la calidad de vivir, por lo tanto, afecta también el tejido social. En la última década, México ha sido escenario de actos violentos como consecuencia de la lucha por el poder y por mantener el control de los territorios, dando origen a una lucha armada entre las diferentes organizaciones delictivas, generándose la muerte de una gran cantidad de personas inocentes; es el caso que desde hace aproximadamente una década se vienen presentando graves problemas de inseguridad en México, los cuales se han agudizado durante los años 2006-2012,

[5] José Ramos García, *Inseguridad pública en México: una propuesta de gestión de política estratégica en gobiernos locales*, (Universidad Autónoma de Baja California, 2006), 15-20.

el estado tomó en México, mediante una campaña por parte de la Policía y las Fuerzas Armadas contra las diferentes organizaciones criminales.

2.2. Las Fuerzas Armadas de México

Las Fuerzas Armadas en México se encuentran integradas por el Ejército, Fuerza Aérea y Marina Armada de México. En el caso del Ejército, este actúa con base en las misiones generales que se encuentran establecidas en la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, siendo las siguientes:

A. Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación.
B. Garantizar la seguridad interior.
C. Auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas.
D. Realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país.
E. En caso de desastre prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas.

Por su parte, el artículo 1.º de la Ley Orgánica de la Armada de México establece que la Armada de México es una institución militar nacional, de carácter permanente, cuya misión es emplear el poder naval de la Federación para la defensa exterior y coadyuvar en la seguridad interior del país[6].

Con respecto a la primera misión del Ejército y Fuerza Aérea de México, "Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación", de acuerdo con el Manual de Operaciones en Campaña, del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, debe entenderse primordialmente a las amenazas provenientes del exterior, y la segunda misión se refiere a que busca el logro del orden interior por el mantenimiento del imperio de la constitución y demás leyes, en problemas que requieren ser solucionados por la fuerza y procedimientos militares, y no solamente por métodos policiacos.

[6] Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, México, (2013).

Es necesario especificar que en la actualidad las Fuerzas Armadas no enfrentan un enemigo proveniente del exterior, como lo sería un ejército legalmente constituido; lo real es que las Fuerzas Armadas en México realizan diferentes actividades para salvaguardar las seguridad integral de las personas, así como su patrimonio, mediante la aplicación del Plan DN-III, ayudando a la población civil en caso de desastres, prestando ayuda para el mantenimiento del orden, el auxilio a las personas y la reconstrucción de las zonas afectadas, siendo esta tarea una de las más frecuentes que desempeñan las Fuerzas Armadas.

Otras de las tareas que realizan las Fuerzas Armadas en forma constante son las actividades de labor social en beneficio de la población, son las relacionadas con la labor social, como lo son: atención médica y odontológica a la población, así como trabajos de mantenimiento en áreas públicas como son parques, escuelas, y centros de beneficencia pública como asilos e internados, participando también en la cruzada contra el hambre, mediante el establecimiento de cocinas comunitarias en aquellos lugares marginados.

2.3. Las Fuerzas Armadas en apoyo a la seguridad pública en México

El Ejército y Fuerza Aérea mexicanos son instituciones de las más antiguas y confiables en el país. Es el caso que en la actualidad, en cumplimiento a un mandato presidencial y por ser una necesidad del país y de los ciudadanos, se da a la tarea de realizar actividades de seguridad pública en los diferentes estados del país en donde su estructura de seguridad ha sido vulnerada y corrompida[7].

La actuación de las Fuerzas Armadas en auxilio de la seguridad pública siempre es a solicitud expresa, fundada y motivada de las autoridades civiles encargadas de esta actividad, la cual realizan por conducto del gobierno federal y se limita a auxiliar a los cuerpos de seguridad pública, pero sin sustituirlas en sus funciones. Esta labor de las Fuerzas Armadas siempre es en situaciones extraordinarias de violencia e inseguridad que hayan rebasado la capacidad de respuesta de las autoridades estatales, municipales y federales en materia de seguridad pública.

---

[7] Junta Interamericana de Defensa Secretaría, "Pesquisa sobre el involucramiento de las Fuerzas Armadas del Continente Americano en actividades de seguridad pública", (Washington, D. C., junio 26, 2012).

Cabe mencionar que, con motivo de que las instituciones armadas por el tipo de adiestramiento militar con el que cuentan, se ha llegado a dar el caso de que durante su desempeño en labores de seguridad pública cometen actos que constituyen delitos de competencia del fuero común o federal, y con este motivo son colocados en una situación legal que de acuerdo con los nuevos ordenamientos en relación con que el fuero militar no debe juzgar a los militares que cometan delitos en donde se encuentre involucrada una persona civil, por tal motivo el agente de las Fuerzas Armadas que se vea en este supuesto deberá de estar a sujeto a proceso ante un juez federal o del fuero común, según el caso.

Las dependencias que son responsables de garantizar la seguridad de las personas son prácticamente las mismas que conforman el gabinete de seguridad, estas son: el Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP) es el órgano superior del SNSP, y es presidido por el presidente de la República, e integrado por los secretarios de Gobernación, Defensa Nacional, Marina, seguridad pública, el procurador general de la República, los gobernadores de los estados, el jefe del Gobierno del Distrito Federal y el secretario ejecutivo del SNSP[8].

Hace aproximadamente diez años, se decía que no existía zona del país que esté libre del crimen organizado y que por las dimensiones que ha adquirido se debe considerar como un problema de seguridad nacional, por la forma en que afecta al Estado, a la población, a sus estructuras de seguridad municipal, estatal y federal.

El problema de inseguridad que existe en México, es una de las principales preocupaciones del Estado y de la población, que afecta la tranquilidad y la paz que debe prevalecer en todo el territorio de la República mexicana y en sus habitantes. La inseguridad provoca además una inestabilidad política, económica y jurídica, a nivel nacional como internacional, con motivo de que el Estado como garante de la seguridad de las personas emplea inicialmente las Fuerzas de Seguridad Pública para garantizar la paz de las personas, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, el cual define la seguridad pública como

[8] Ibíd.

una función que estará a cargo del Estado, y comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva[9].

En México, las Fuerzas de Seguridad Pública se encuentran distribuidas en los tres órdenes de gobierno, federal, estatal y municipal, siendo el caso de que a nivel federal se encuentra a cargo de la Policía Federal, conformada por las siguientes divisiones: División de Inteligencia, División de Investigación, División de Seguridad Regional, División Científica, División Antidrogas, División de Fuerzas Federales, Unidad de Asuntos Internos, Órgano Interno de Control y División de Gendarmería, esta última es de reciente creación, entró a funcionar en el año 2014 y uno de los objetivos de esta división de gendarmería es reforzar la seguridad de las zonas rurales y urbanas del país, principalmente en aquellas regiones que cuentan con alto índice de delincuencia. En el ámbito estatal, se cuenta con la Policía estatal; en algunos estados del país, estas policías cuentan con unidades especializadas de reacción inmediata para hacer frente a la delincuencia y garantizar la seguridad de las personas[10].

A nivel municipal es donde nos encontramos con que la Policía es más frágil, ya que presenta mayor vulnerabilidad de ser penetrada por el crimen organizado; esta termina siendo corrompida e incluso llega a cambiar de bando. Las fuerzas públicas de seguridad habían sido superadas por el crimen organizado, ocasionando con esto un estado de temor por parte de la población, por lo que, con base en sus facultades, el Estado tomó medidas al respecto, las cuales consistieron en hacer uso de las Fuerzas Armadas, esto es, Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, con el fin de que en auxilio a la seguridad pública se lograra el mantenimiento de la paz y el orden público, esto de conformidad con los fundamentos legales que otorgan al Estado para hacer uso de la totalidad de las Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior del país, protegiendo y salvaguardando la vida, y todos los problemas de carácter interno.

Con la participación de las Fuerzas Armadas mexicanas en auxilio a la seguridad pública, se logró mantener el orden público, sobre todo en

---

[9] Miguel Carbonell, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 59.

[10] Comisión Nacional de Seguridad, disponible en página web de la Secretaría de Gobernación, consultado mayo 1, 2015, uridadhttp://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?__c=7d1

aquellos estados en donde sus municipios se quedaron temporalmente sin policías con motivo de que algunos de estos servidores públicos fueron retirados de sus cargos por tener vínculos con organizaciones criminales y con integrantes de la delincuencia organizada, otros se integraron a los diferentes grupos delictivos y los pocos policías que continuaron prestando sus servicios se sometieron a un proceso de selección, adiestramiento y preparación que los ausentó por algunos meses de sus actividades policiales[11].

Algunos de los integrantes de las Fuerzas Armadas, encontrándose en apoyo a la seguridad pública, se vieron involucrados en casos legales con motivo de presuntas denuncias en su contra por haber cometido conductas que son consideradas delitos, al grado de que llegó a tenerse conocimiento de organismos internacionales protectores de los derechos humanos que emitieron resoluciones al respecto. Uno de los casos más relevantes tuvo lugar el 23 de noviembre de 2009, cuando la Corte Interamericana emitió una sentencia en contra del Estado mexicano en un caso cuyos hechos tuvieron lugar en 1974. La resolución textual fue la siguiente: "El estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del código de justicia militar, con los estándares internacionales en la materia y de la convención americana sobre derechos humanos"[12]. La corte interamericana declaró que el artículo 57 del código de justicia militar es incompatible con la Convención Americana, por lo tanto el Estado debería de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la convención; en ese contexto también le fue recomendado al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, relacionado con la regulación del fuero de guerra, con el fin de "impedir que los elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos"[13].

---

[11] Adolfo Karam, *La unificación de mandos de las policías federales en México como estrategia de seguridad pública*, (México: Porrúa, 2012), 126.

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf

[13] Código de Justicia militar, (Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de la Defensa Nacional, 2014), 18.

2.4. ¿Por qué las Fuerzas Armadas en México deben auxiliar a la Policía en sus funciones de seguridad pública?

Es importante señalar que la seguridad pública es una actividad a cargo de la federación y corresponde garantizar al Estado, mediante las instituciones de seguridad pública (Policía). Sin embargo, al verse superada la capacidad de estas para garantizar la seguridad de las personas, la paz y la tranquilidad pública del territorio nacional, fue necesario que el Estado dispusiera de las Fuerzas Armadas, conforme a las facultades establecidas en la carta magna de nuestro país, y demás ordenamientos legales que facultan al presidente de la república para disponer de la totalidad de las Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior del país. Lo anterior es con la finalidad de asegurar el mantenimiento del orden y la paz pública, sobre todo en aquellos estados del país con grandes índices de criminalidad.

Nuestro país ha vivido un grave problema de inseguridad, principalmente durante el sexenio (2006-2012), cuando el Estado tomó medidas para garantizar la seguridad de las personas, con motivo de que las fuerzas de seguridad pública fueron rebasadas, quedando algunos lugares del país sin policías, hecho que originó que, de acuerdo con las facultades del presidente de la República, dispuso de la totalidad de las Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior del país. Esta situación tuvo como resultado una serie de enfrentamientos entre los mismos grupos criminales y entre estos y las fuerza armadas y de seguridad pública.

La población en México mantiene altos niveles de confianza en las Fuerzas Armadas, ubicándola en tercer lugar como la organización más confiable del país, después de la Iglesia, así lo menciona la más reciente encuesta nacional en vivienda de paramétrica. Esto lleva a que el Ejército, como una de las instituciones de mayor confiabilidad y respeto, el Estado mexicano, de acuerdo con sus facultades, tenga la necesidad de utilizarlo en auxilio de la Policía. Cabe mencionar que el Ejército y la Marina en México, en comparación con otros países de América, son una de las instituciones mejores evaluadas, ubicándose como una de las cinco fuerzas castrenses con mayor credibilidad y confianza en dicho continente, detrás de la armada de Brasil, Ecuador, Colombia y El Salvador[14].

[14] Parametría, Investigación Estratégica, Opinión y Mercado, "El Ejército mexicano mantiene altos niveles de confianza". Consultado abril 26, 2015, http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4622.

En algunos países latinoamericanos, las Fuerzas Armadas han sido utilizadas para combatir la delincuencia organizada. Colombia, Nicaragua o El Salvador han sido algunos de esos países que han empleado a sus fuerzas armadas para auxiliar a la seguridad pública y garantizar la seguridad y la paz de las personas. Sin embargo, también han existido casos en que no todos los países han tenido suerte en que la población vea con simpatía esta actividad; tal es el caso de Nicaragua, donde no se alcanzó esta aceptación. En el caso de Estados Unidos, se observa que una gran mayoría de la población confía más en los militares que en la Policía y en la Iglesia, considerándose que los miembros de las Fuerzas Armadas contribuyen mucho al bienestar de la sociedad, seguido por los profesores, médicos, científicos e ingenieros. Es así que se observa que mientras para los latinos la institución más confiable es la Iglesia, para Estados Unidos son las Fuerzas Armadas.

Además de lo anterior, es necesario señalar que durante la participación de las Fuerzas Armadas se ha podido obtener resultados satisfactorios, a pesar de que quizá no se ha logrado erradicar de forma permanente la criminalidad en México. En todo caso, la participación de las Fuerzas Armadas definitivamente ha contribuido a reducir los índices de violencia en nuestro país.

2.5. Marco jurídico que faculta a las Fuerzas Armadas en México para auxiliar a la Policía en funciones de seguridad pública

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió las siguientes jurisprudencias:

Jurisprudencia número 37/2000. Ejército, Fuerza Aérea y Armada. Pueden actuar acatando órdenes del presidente, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando, sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquellas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla.

Jurisprudencia número 38/200. Ejército, Armada y Fuerza Aérea. Su participación en auxilio de las autoridades civiles es constitucional (interpretación del artículo 129 de la Constitución).

La interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional autoriza considerar que las Fuerzas Armadas pueden actuar

en auxilio de las autoridades civiles, cuando estas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. Por esta razón, el instituto armado está constitucionalmente facultado para actuar en materias de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes[15].

Es necesario aclarar que las Fuerzas Armadas actúan en auxilio de las autoridades civiles, pero sin desplazar a estas de sus funciones. La actuación de las Fuerzas Armadas es únicamente en coordinación con las diversas autoridades públicas y estando siempre subordinadas a estas, a menos que por mandato del presidente de la República, ante una situación relevante, se requiera investir a un militar de un mando especial por razones particulares de seguridad, este realizará sus funciones únicamente por el tiempo que dure la comisión nombrada.

Ley orgánica del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos. Establece en el artículo 1 las misiones generales del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos, dentro de las cuales destaca la segunda misión, *garantizar la seguridad interior*, refiriéndose a todos aquellas conflictos de inseguridad de carácter interno que suceden en el país, tal y como lo es el crimen organizado.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su artículo 89 fracción VI, establece que el presidente de la República Mexicana dispondrá de la totalidad de las Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior y defensa exterior de la federación, además de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea en su artículo 11, "el mando supremo del ejército y fuerza aérea mexicanos, corresponde al presidente de la república, quien lo ejercerá por sí o a través del secretario de la defensa nacional; para el efecto, durante su mandato se le denominará comandante supremo de las fuerzas armadas".

Se reafirma el mandato que se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos, el cual establece: "El Presidente de la República dispondrá del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 89 fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

---

[15] Secretaría de la Defensa Nacional, *Manual de derechos humanos para el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, (2013), 143.

Las Fuerzas Armadas, en sus misiones de seguridad interior y seguridad exterior del territorio nacional, actúan con base en las órdenes que emita el comandante supremo de las Fuerzas Armadas, a través del secretario de la Defensa Nacional, misiones que son encaminadas a proteger la vida y la tranquilidad de las personas, en el caso de la seguridad interior, y a proteger la soberanía de la nación, cuando se trata de garantizar la seguridad exterior de la federación.

En el *Plan Nacional de Desarrollo* 2013-2018, el Gobierno federal señaló que el diseño de la política de Seguridad Nacional responde a su identificación como una función esencial del Estado y como un derecho fundamental de los ciudadanos, que asume los compromisos suscritos ante la comunidad internacional y que, desde sus aspiraciones y objetivos, define los términos de cooperación en la materia[16].

La misión de las Fuerzas Armadas de México es emplear el poder militar de la federación para la defensa exterior y para coadyuvar en la seguridad interior del país. Las Fuerzas Armadas, en el caso de la seguridad interior, han tomado un papel predominante en los últimos años, debido a la violencia generada por las organizaciones delictivas.

Puede observarse que en el Plan Nacional de Desarrollo, en la parte correspondiente de defensa exterior y seguridad interior, se hace mención de la relevante tarea que tienen las Fuerzas Armadas en coadyuvar con las autoridades civiles en la seguridad pública. Incluso se hace mención de que es necesario reforzar el marco legal ya existente. Igualmente, se deberá adecuar el adiestramiento para que responda a las exigencias de los tiempos actuales. Dicho Plan menciona además que los sistemas educativos naval y militar requieren de una orientación balanceada en torno a la defensa nacional, seguridad interior y misiones de carácter social que respondan a las necesidades actuales del país.

Es necesario mencionar que el Código de Justicia Militar en su artículo 434 numeral i define al Ejército como la fuerza pública de diversas milicias, armas y cuerpos que sirven a la nación para hacer la guerra

---

[16] México, Gobierno de la República, *Plan Nacional de Desarrollo 2013-1018*. Consultado mayo 1, 2015, http://www.snieg.mx/contenidos/espanol/normatividad/MarcoJuridico/PND_2013-2018.pdf

en defensa de su independencia, integridad y decoro, y para asegurar el orden constitucional y la paz interior[17].

El 22 de mayo del 2014 se emitió el Manual del Uso de la Fuerza, de Aplicación Común a las tres Fuerzas Armadas, y se publicó en el diario *Oficial de la Federación* el 30 de mayo del 2014. Este Manual regula el uso legítimo de la fuerza por parte del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos, y en relación con lo establecido en artículo 19 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el cual establece:

> Artículo 19, el titular de cada Secretaría de Estado y Departamento Administrativo expedirá los manuales de organización, de procedimientos y de servicios al público necesarios para su funcionamiento, los que deberán contener información sobre la estructura orgánica de la dependencia y las funciones de sus unidades administrativas, así como sobre los sistemas de Comunicación y coordinación y los principales procedimientos administrativos que se establezcan. Los manuales y demás instrumentos de apoyo administrativo interno, deberán mantenerse permanentemente actualizados. Los manuales de organización general deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación. En cada una de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, se mantendrán al corriente los escalafones de los trabajadores y se establecerán los sistemas de estímulos y recompensas que determine la Ley y las condiciones generales de trabajo respectivas[18].

El manual del uso de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas incorpora los principios que regula el uso de la fuerza de manera legítima contemplados por la Cruz Roja Internacional (CICR), y aplicados por parte de las Fuerzas Armadas en tareas de apoyo a la Policía en sus funciones de seguridad pública. El enfoque utilizado por el Gobierno federal para utilizar a las Fuerzas Armadas a fin de apoyar a las autoridades

---

[17] México, Secretaría de la Defensa Nacional, *Código de Justicia Militar*, 139.

[18] Gobierno de México, *Manual del uso de la fuerza de aplicación común a las tres fuerzas armadas*. Consultado mayo 1, 2005, http://www.sedena.gob.mx/pdf/normateca/3.doctrina_y_edu_mil/uso_fuerza_unificado.pdf

civiles en tareas de seguridad pública está sustentado en la defensa de la seguridad interior, ante la amenaza del crimen organizado en la seguridad y no la seguridad pública en sí misma, esta última a cargo de la autoridad civil, como lo establece el artículo 21 constitucional[19].

El *Plan Sectorial de Defensa 2013-2018*. Se observa el mensaje del presidente de la República, en el cual menciona la importancia del papel que desempeñan las Fuerzas Armadas en coaduvancia con la Policía en funciones de seguridad pública. Entre otras cosas, el Plan destaca lo siguiente:

> La secretaría de la Defensa Nacional juega un papel importante dentro del contexto de la Defensa Exterior de la Federación, a fin de preservar la integridad, la independencia y la soberanía de la nación; así como, coadyuvar en la Seguridad interior del país para mantener el orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno, en este sentido el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, han actuado de forma permanente con valor y lealtad al servicio de la patria dentro del devenir histórico de la nación, donde han sido pilares en el mantenimiento de la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, el carácter social de las Fuerzas Armadas las identifica como un Ejército de paz por su entrega, y compromiso con el pueblo de México en casos de necesidades públicas, así mismo, por el apoyo inmediato a la población en casos de desastres, lo que les ha valido ganarse el reconocimiento íntegro y el aprecio de la ciudadanía. México ha enfrentado en los últimos años una problemática sin precedentes por la inseguridad que generan las organizaciones del crimen organizado, situación que incide negativamente en el desarrollo nacional. Debido a este flagelo, las Fuerzas Armadas han permanecido desplegadas en forma permanente en todo el territorio nacional y con mayor densidad en las áreas álgidas del país, en coadyuvancia a las autoridades responsables de la seguridad pública de los tres órdenes de gobierno, de tal forma que el

[19] Ley de la Administración Pública Federal. Consultado mayo 1, 2005, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federalwo13235.doc

> programa las identifica de Defensa Nacional 2013-2018 proyecta para los próximos seis años, fortalecer y modernizar las capacidades operativas, logísticas y administrativas de sus organismos[20].

El *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* es primordial para medir la conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los cuales son respetar la legalidad vigente y proteger la dignidad humana y los derechos humanos. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden hacer uso de la fuerza en casos de necesidad, pero en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas[21].

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada por unanimidad por la Asamblea General de 1848 es de suma importancia para este tema, ya que refiere el uso legítimo del uso de la fuerza, además protege el derecho a la vida[22].

Los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley* fueron adoptados por La Habana en 1990. Este documento sin fuerza vinculante incorpora en términos generales los principios básicos del uso de la fuerza y armas de fuego de manera diferenciada que se deben observar durante el desarrollo de una acción policiaca o bien a cargo de las Fuerzas Armadas. Debe ser determinante que matar no es más aceptable si existe la posibilidad de un arresto y de proteger vidas. Los principios en este documento se encuentran ampliamente difundidos en la práctica de los Estados, así como en legislaciones nacionales y manuales del uso legítimo de la fuerza. Si bien dichos principios no se encuentran en un tratado, por lo que no tienen la fuerza de ley en derecho internacional, sus contenidos han sido refrendados abundantemente en la jurisprudencia resultado de tribunales regionales de derechos humanos, así como del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[23].

---

[20] Gobierno de México, *Plan Sectorial de Defensa Nacional, 2013-2108*. Consultado, mayo 1, 2005, http://www.sedena.gob.mx/archivos/psdn_2013_2018.pdf

[21] *Código de Conducta Para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. Consultado mayo 1, 2015, https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosCodigo/PAG0753.pdf

[22] *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 9. Consultado mayo 1, 2015, www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml, mayo 1, 2015.

[23] *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas*

2.6. ¿Cómo deben de actuar las Fuerzas Armadas en auxilio a la seguridad pública en México?

El manual de uso de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas en México contempla algunos principios aplicables al uso de la fuerza, los cuales deberán ser aplicados con estricto apego a los derechos humanos, independientemente del tipo de agresión, atendiendo a los principios de oportunidad, proporcionalidad, racionalidad y legalidad[24], según se muestra a continuación.

- Oportunidad: cuando se utiliza en el momento en que se requiere, se debe evitar todo tipo de actuación innecesaria, cuando exista evidente peligro o riesgo de la vida de las personas ajenas a los hechos. Esto significa que debe procurarse en el momento y en el lugar en el que se reduzcan al máximo los daños y afectaciones tanto a la vida como a la integridad de las personas involucradas y sus bienes en general, en afectación de los derechos de los habitantes.
- Proporcionalidad: cuando se utiliza en la magnitud, intensidad y duración necesarias para lograr el control de la situación, atendiendo al nivel de resistencia o de agresión que se enfrente. Se refiere a la relación entre la amenaza al bien de la población civil ajena a los hechos, y el nivel de la fuerza utilizada para neutralizarla. La gravedad de una amenaza se determina por la magnitud de la agresión, la peligrosidad del agresor, sea individual o colectiva, las características de su comportamiento ya conocidas, la posesión o no de armas o instrumentos para agredir y la resistencia a la oposición que presenten.
- Racionalidad: Cuando su utilización es producto de una decisión en la que se valora el objetivo que se persigue, las circunstancias de la agresión, las características personales y capacidades tanto del sujeto a controlar como el integrante de las Fuerzas Armadas. Esto implica que, dada la existencia del acto o intención hostil, es

---

sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, (La Habana, septiembre de 1990). Consultado mayo 2, 2015, http://acnudh.org/2012/01/regulacion-del-uso-de-la-fuerza-por-los-funcionarios-encargados-de-hacer-cumplir-la-ley/

[24] Manual de Uso de la Fuerza de Aplicación Común a las Tres Fuerzas Armadas, 3.

necesaria la aplicación del uso de la fuerza, por no poder recurrirse a otro medio alternativo.
- Legalidad: cuando su uso es desarrollado o con apego a la normativa vigente y con respeto a los derechos humanos.

Estos principios tienen compactibilidad y se encuentran ajustados a los que se establecen en la jurisprudencia internacional. Se trata de mecanismos de escrutinio internacional relevantes para México tanto universal con el comité de derechos humanos de naciones unidas, y regional con los trabajos de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El manual de uso de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas establece que se deberá de elaborar un informe detallado del evento donde se efectuó uso de la fuerza de conformidad con las disposiciones que sobre el particular emitan ambas secretarias. Otro aspecto relevante en relación con el uso de la fuerza es el de la rendición de cuentas de parte de los agentes a sus superiores y de parte de la institución a la sociedad para asegurar un control adecuado para el uso de la fuerza. En el caso de México, las Fuerzas Armadas en auxilio de la Policía puede ser de dos formas; una es cuando estas de manera directa realizan las tareas de Policía, por ausencia de estos servidores públicos. Regularmente sucede en aquellos estados con alta incidencia en narcotráfico y donde las corporaciones de Policía fueron penetradas por grupos criminales.

La otra forma es cuando las Fuerzas Armadas actúan y coadyuvan con la Policía realizando operativos de manera conjunta, en áreas urbanas y rurales. Para realizar esta actividad, se integran bases de operaciones mixtas (BOM), que normalmente son integradas por militares, policía federal, policía estatal, policía municipal, agentes del Ministerio Público del fuero común y federal[25].

Cuando las Fuerzas Armadas actúen temporalmente de manera directa, realizando las funciones de un policía, estas deberán de conocer perfectamente las normas procedimentales que debe aplicar en su calidad de servidor púbico (policía), y saber que su deber es proteger la vida, la

[25] *Procedimiento Sistemático de Operar (Bases de Operaciones Mixtas)*, de la Secretaría de la Defensa Nacional, texto vigente, editado por el Estado Mayor S-7, Operaciones contra el Narcotráfico 26.

integridad de las personas y sus bienes, mantener la paz y la tranquilidad en todo el país, evitando realizar conductas que puedan tener como consecuencia una responsabilidad legal. Para eso, las Fuerzas Armadas deberán de conocer qué conductas llevan a la configuración de un delito, tanto por parte de una persona como de uno mismo en calidad de servidor público.

La participación de las Fuerzas Armadas de forma conjunta con las autoridades civiles, formando BOM, al respecto, el procedimiento sistemático de operar (PSO) bases de operaciones mixtas, editado por el Estado Mayor de la Secretaría de la Defensa Nacional, contempla claramente la organización, funciones, misiones, dispositivos durante los movimientos y lineamientos.

En el citado PSO (bases de operaciones mixtas), se contemplan algunos puntos que deben especificarse claramente, en cuanto a los alcances y limitaciones por parte del personal de las Fuerzas Armadas, siendo los siguientes:

1. Su actuación es en apoyo a las autoridades judiciales y policiales.
2. En caso de que las autoridades policiales judiciales, ministeriales o preventivas se vean rebasadas en sus capacidades para la atención de algún ilícito, podrá actuar el personal militar en apoyo de las mismas para controlar la situación, siempre con la asesoría legal del agente del ministerio público, para evitar una posible violación a los derechos humanos.
3. El personal militar integrante de la BOM, en su función de coadyuvancia a las autoridades judiciales y policiales responsables de la ejecución de las actividades operativas, se mantendrán a distancia de apoyo y actuarán en los casos en que estas autoridades sean rebasadas.
4. En caso de alteraciones del orden, los integrantes de las BOM emplearán la fuerza necesaria para controlar la situación.
5. En caso de que las autoridades policiales judiciales, ministeriales o preventivas se vean rebasadas en sus capacidades para la atención de algún ilícito, podrá actuar el personal militar en apoyo de las mismas para controlar la situación, siempre con

la asesoría legal del agente del ministerio público, para evitar una posible violación a los derechos humanos.

6. Las BOM para atención de grupos armados y en apoyo a la seguridad pública que operen en áreas rurales deberán evitar reducir sus efectivos a fin de mantener la seguridad del dispositivo y de sus integrantes en caso de agresión, por lo que no deben realizar operaciones si no se encuentra presente por lo menos un AMP, para que respalde legalmente su actuación.
7. La actuación del personal militar encuadrado en las BOM solo es de coadyuvancia, proporcionando seguridad inmediata al personal ministerial, judicial y preventiva, quienes son los responsables de prevenir y perseguir el delito, por lo tanto el personal militar no está facultado para hacer revisiones, interrogatorios, detenciones, aprehensiones u otra actividad del ámbito de competencia de las autoridades civiles; en el caso de las BOM que cuentan con binomios sensores por parte del personal militar, únicamente el manejador del canino puede acercarse al área de revisión.

Todos los puntos antes mencionados deberán sujetarse al modelo reactivo de control gradual de uso de la fuerza, de aplicación por parte de los miembros del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos, en funciones de auxilio a la seguridad pública, es necesario que los miembros de las Fuerzas Armadas conozcan los principios fundamentales que gobiernan el uso legítimo de la fuerza y actúen conforme lo establecen citados principios e instrucciones operacionales o directrices, dependiendo de sus acciones de apoyo a las autoridades civiles federales y locales en las acciones de seguridad pública (BOM), o bien en relación con las tareas de apoyo en materia de seguridad interior al combatir a la delincuencia organizada y narcotráfico[26].

Las siguientes reglas del uso de la fuerza son aplicables al Ejército mexicano en auxilio a la seguridad pública y en el combate contra la delincuencia organizada, los cuales se encuentran ajustados a los estándares

[26] Ibíd.

internacionales, así como a lo que establece el manual de uso de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas en México.

Reglas del uso de la fuerza son aplicables a las Fuerzas Armadas en auxilio a la seguridad pública

1. Podrá hacer uso de la fuerza y las armas de fuego solo cuando sea estrictamente inevitable con el fin de proteger la vida humana, esto es, en defensa propia y cuando esté en peligro su vida o la de terceros.
2. Utilice en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir a la fuerza: advertencias verbales claras; persuasión; empleo de instrumentos no letales y de equipo defensivo; comportamiento y control de multitudes; negociación y solución de conflictos.
3. Haga uso de la fuerza solo como última opción si su vida o la de terceros se encuentra en peligro, o se puede ocasionar lesiones graves.
    i. Responda al fuego con fuego dirigido.
    ii. Siempre tiene el derecho de repeler actos hostiles con la fuerza necesaria.
    iii. Si como último recurso hace uso de la fuerza letal, porque medios no hostiles probaron ser ineficaces, esta deberá usarse con moderación y en proporción a la agresión enfrentada.
4. Si como última opción hace uso del arma de fuego cuando su vida o la de terceros se encuentre en peligro, así como la amenaza sea inminente de muerte y lesiones graves, observe lo siguiente:
    i. Tiros de advertencia están prohibidos.
    ii. Identifíquese como miembro del Ejército mexicano.
    iii. Dé una señal verbal clara de advertencia para disuadir la amenaza con tiempo suficiente para que se tome en cuenta.
    iv. Si hay indicios de claras intenciones hostiles y si la advertencia verbal resultara evidentemente inadecuada o inútil, dadas las circunstancias del caso poniendo en peligro su vida o la de otras personas, podrán hacer uso de la fuerza letal de manera racional y proporcionada a la agresión enfrentada.
5. Después del uso de la fuerza letal, deberá llevar a cabo lo siguiente:
    i. Se prestará atención médica a todas las personas heridas.

ii. Se presentará un informe completo y detallado del incidente al superior jerárquico.

Reglas del uso de la fuerza en caso de un enfrentamiento armado con miembros de la delincuencia organizada

1. Podrá hacer uso de la fuerza y las armas de fuego solo cuando sea estrictamente inevitable con el fin de proteger la vida humana, esto es, en defensa propia y cuando esté en peligro su vida o la de terceros.
2. Utilice en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir a la fuerza: advertencias verbales claras; persuasión; empleo de instrumentos no letales y de equipo defensivo.
3. Cuando haga uso de la fuerza letal o armas de fuego, utilice el mínimo necesario para controlar la situación o disuadir la amenaza a su vida o la de terceros. En estos casos, deberá observar lo siguiente:
   i. Haga uso de la fuerza en la misma proporción a la agresión.
   ii. El uso de la fuerza se ejercerá con moderación.
   iii. Se reducirán al mínimo los daños y lesiones.
   iv. Evite la confrontación con personas no hostiles.
4. Haga uso de la fuerza solo como última opción si su vida o la de terceros se encuentra en peligro.
   i. Responda al fuego con fuego dirigido.
   ii. Siempre tiene el derecho de repeler actos hostiles con la fuerza necesaria.
5. Si como última opción hace uso del arma de fuego cuando su vida o la de terceros se encuentre en peligro, así como la amenaza sea inminente de muerte y lesiones graves, deberá observar lo siguiente:
   i. Tiros de advertencia están prohibidos.
   ii. Identifíquese como miembro del Ejército mexicano.
   iii. Dé una señal clara de advertencia para disuadir la amenaza, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta.
   iv. Si hay indicios de claras intenciones hostiles y si la advertencia verbal resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso poniendo en peligro su vida o la de

otras personas, podrá hacer uso de la fuerza letal de manera racional y proporcionada a la agresión enfrentada.

6. Podrá utilizar la fuerza letal solo en el marco de una misión asignada y solo si fuera absolutamente necesario y razonable para:
   i. Prevenir la comisión de un crimen grave e inminente que ponga en peligro la vida propia o de otras personas o que puedan ocasionarles lesiones serias.
   ii. Proteger la vida propia y la de inocentes cuando el uso de la fuerza letal parezca ser ineludible y la acción criminal sea inminente, lo cual no significa que sea instantáneo, ejemplos de estos son:
      a) El presunto agresor posee un arma o está en capacidad de hacerse allegar de una o más en circunstancias que indiquen su intención de usarla(s) poniendo en peligro su vida y la de terceras personas.
      b) Si el presunto agresor no posee un arma pero está en posibilidad de poner en peligro su vida o la de terceras personas u ocasionarles serias lesiones. Ejemplo, la utilización de un auto como arma hostil.
      c) Si la agresión proviene o es inminente su procedencia de un automóvil en movimiento o en utilización del mismo con un ocupante u ocupantes con intenciones que claramente representen una amenaza a su vida o la de terceros o que pueda ocasionarles lesiones graves.
7. Después del uso de la fuerza letal, deberá observar lo siguiente:
   i. Se prestará atención médica a todas las personas heridas.
   ii. Se presentará un informe completo y detallado del incidente al superior jerárquico.
8. Deberá informar al superior jerárquico de cualquier desviación a la disciplina militar o de excesos a los límites legítimos del uso de la fuerza:
   i. Cuando se cometan abusos de estas normas no podrá alegarse obediencia de órdenes superiores.
   ii. Cuando se niegue a ejecutar órdenes ilícitas de sus superiores se gozará de inmunidad.

3. Difusión y enseñanza a las Fuerzas Armadas en materia de seguridad pública y uso y empleo de la fuerza

Es necesario que se impartan conferencias a la totalidad de las Fuerzas Armadas sobre el empleo y uso de la fuerza y se materialicen talleres en donde se puedan exponer las normas procedimentales existentes actualmente que guarden relación con la actuación de las Fuerzas Armadas en auxilio de la Policía. En labores de seguridad pública, es necesario hacerles ver la importancia que tiene conocer y aplicar las leyes nacionales e instrumentos internacionales, explicarlos de manera forma digerible, incluso haciendo ejercicios de práctica de tal manera que todos los integrantes de las Fuerzas Armadas comprendan las normas procedimentales existentes y que se encuentran diseminadas en diferentes normas nacionales e internacionales.

La universidad del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos y la Marina Armada de México, a través de sus planteles de educación militar, ya imparten materias de derechos humanos, derecho internacional humanitario y sobre el empleo y uso de la fuerza, a fin de que los jóvenes cadetes dentro su formación profesional reciban los conocimientos necesarios a fin de que una vez egresados cuenten con las herramientas necesarias que les permitan desempeñarse bajo el más estricto apego a las normas jurídicas, respetando en todo momento los derechos humanos.

El *plan nacional de desarrollo*, el Gobierno federal, hace ver que las exigencias de los tiempos actuales requieren que los sistemas educativos naval y militar tengan una orientación balanceada en torno a la defensa nacional, seguridad interior y misiones de carácter social que respondan a las necesidades actuales del país.

3.1. Se necesita una ley general y una ley de procedimientos que regule la actuación de la Guardia Nacional y de las Fuerzas Armadas en funciones de seguridad pública

A pesar de que ya existe un marco legal que faculta al Estado para emplear a sus Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior del país, mediante el auxilio a las autoridades civiles en labores de seguridad pública, es necesario la existencia de una ley general y de una ley de procedimientos que dé sustento y certeza a las Fuerzas Armadas durante sus funciones en auxilio a las autoridades civiles en labores de seguridad pública.

México es parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que debe de existir la obligación de adaptar su legislación interna a las normas internacionales. Es claro que en México se carece de un marco normativo concreto tanto en lo legal como en lo práctico para el correcto uso de la fuerza y armas de fuego, estas como último recurso en la defensa de la vida, la propia y la de todos aquellos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Los mecanismos de escrutinio tanto a nivel regional como universal, es decir, del sistema interamericano y de las Naciones Unidas respectivamente, han señalado en su jurisprudencia la importancia sobre la elaboración de códigos de conducta y actuación para las fuerzas del orden. Tanto en el Sistema Universal del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como en los sistemas regionales de control de derechos humanos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Europea de Derechos Humanos, hay coincidencia en la enunciación de principios básicos que deben respetarse cuando se utiliza la fuerza por los estados a través de sus representantes del orden, dichos principios son respetuosos de los derechos humanos y enaltecen el carácter consuetudinario del derecho a la vida.

Debe considerarse que es importante que exista también una ley procedimental que les indique de qué forma será esa actuación, cómo lo harán, sus capacidades y limitaciones respetando en todo momento los derechos humanos.

En el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, el Gobierno de la República reconoce que la colaboración de las Fuerzas Armadas para garantizar la seguridad interior ha tomado un papel predominante en los últimos años, debido a la violencia generada por las organizaciones delictivas. No obstante, el mismo Gobierno federal dice que deberá de fortalecerse el marco jurídico que dé certeza a la actuación de las Fuerzas Armadas en funciones de seguridad pública: "Tanto la guardia nacional como las Fuerzas Armadas enfrentan retos importantes, sin embargo es necesario un marco jurídico que sirva para satisfacer la realidad que se vive en materia de seguridad pública".

Conclusión

Es importante la existencia de un marco jurídico sólido que respalde y dé confianza a la Guardia Nacional y a las Fuerzas Armadas para realizar sus funciones en auxilio de las autoridades civiles, así como la creación de una norma procedimental que regule la actuación de estas fuerzas que realizarán funciones de seguridad pública. Esto le permitiría al Estado garantizar el derecho a la seguridad e integridad física de las personas con estricto apego y respeto a los derechos humanos.

El problema actual que vive México en materia de seguridad ha llevado a que el Estado, en su calidad de garante de la seguridad de las personas, haga uso de sus facultades constitucionales, empleando a las Fuerzas Armadas para auxiliar a las autoridades civiles en labores de seguridad pública. Sin embargo, este hecho le ha costado el Estado mexicano recomendaciones por parte de tribunales internacionales, incluso se han presentado informes a la Corte Penal Internacional en contra de exfuncionarios mexicanos por su supuesta responsabilidad en delitos de competencia de esa instancia internacional.

Se trata de un problema real y actual en México. Es necesaria la capacitación y adiestramiento a la Guardia Nacional y Fuerzas Armadas, así como la existencia de un marco legal que faculta a las Fuerzas Armadas de México para actuar en auxilio de las autoridades civiles en funciones de seguridad pública.

Existen precedentes de resoluciones de tribunales internacionales, en el sentido de que los Estados pueden hacer uso de sus Fuerzas Armadas para que realicen funciones de seguridad pública. Sin embargo, deberán de limitar esta actividad, y solo cuando se trate de una situación grave de carácter interno podrá disponer de estas fuerzas para la restauración del orden y la paz pública.

Existen normas procedimentales de carácter internacional que tienen relación con el empleo y uso de la fuerza por parte de los agentes o encargados de hacer cumplir la ley, y aunque estas normas se encuentran diseminadas en diferentes ordenamientos, la jurisprudencia internacional recomienda a los estados crear normas para uso de la fuerza. En el caso de México, existe el manual de uso y empleo de la fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas, mismo que se ajusta a los estándares de carácter internacional.

Se recomienda que con el fin de evitar que se sigan cometiendo abusos de autoridad y violaciones a los derechos humanos por parte de las diferentes autoridades que realizan funciones de seguridad pública, deberán implementarse una serie de conferencias, talleres y cursos relacionados con el empleo y uso de la fuerza, con el objeto de que las autoridades públicas y los miembros de las Fuerzas Armadas conozcan a la perfección el marco legal y procedimental relacionado con este tema, en definitiva, una amplia difusión a conciencia de este tema, de tal forma que se logre penetrar y hacer conexión con los oyentes, se logre un efecto de entendimiento y comprensión, a fin de que las autoridades públicas y las Fuerzas Armadas no ignoren el procedimiento que deben de aplicar durante sus funciones en auxilio a la seguridad pública.

Bibliografía

Libros

Carbonell, Miguel. *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

Karam, Adolfo. La unificación de mandos de las policías federales en México como estrategia de seguridad pública. México: Porrúa, 2012.

Ramos García, José. *Inseguridad pública en México: una propuesta de gestión de política estratégica en gobiernos locales*. Universidad de Baja California. 2006.

Torre, Wilbert. *Narcoleaks*, *La alianza México – Estados Unidos en la guerra contra el crimen organizado*, 1.ª ed. Grijalbo, México D. F., 2013.

Fuentes primarias

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tratados internacionales

Leyes especiales

Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, México, 2013.

Código de Justicia Militar, Secretaría de la Defensa Nacional.

Opiniones consultivas

Manual de actuación del personal del Ejército y Fuerza Área mexicanos en la lucha permanente contra el narcotráfico, 1.ª ed. Estado Mayor de la Defensa Nacional, México D. F., 1998.

Junta Interamericana de Defensa, Secretaría, "Pesquisa sobre el involucramiento de las Fuerzas Armadas del continente americano en actividades de seguridad pública, Washington, D. C., 26 de junio de 2012.

Secretaría de la Defensa Nacional, Manual de Derechos Humanos para el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, 2013.

Procedimiento Sistemático de Operar (Bases de Operaciones Mixtas), de la Secretaría de la Defensa Nacional. Texto vigente, editado por el Estado Mayor S-7, Operaciones contra el narcotráfico.

Internet

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco *vs*. Estados Unidos Mexicanos. "Sentencia de 23 de noviembre de 2009". Consultado mayo 1, 2015. http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf

Estados Unidos Mexicanos. "Código de Conducta Para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley". Consultado mayo 1, 2015. https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosCodigo/PAG0753.pdf.

Estados Unidos Mexicanos. Ley de la Administración Pública Federal. Consultado mayo 1, 2015, http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federalwo13235.doc

Gobierno de México, "Plan Sectorial de Defensa Nacional, 2013-2108". Consultado mayo 1, 2015. http://www.sedena.gob.mx/archivos/psdn_2013_2018.pdf

Gobierno de México, *Manual del Uso de la Fuerza de Aplicación Común a las Tres Fuerzas Armadas*. Consultado mayo 1, 2015. http://www.sedena.gob.mx/pdf/normateca/3.doctrina_y_edu_mil/uso_fuerza_unificado.pdf

México. Comisión Nacional de Seguridad, disponible en página web de la Secretaría de Gobernación. Consultado mayo 1, 2015. uridadhttp://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?__c=7d1

México. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, *Diario Oficial de la Federación*.

Consultado abril 18, 2019. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019.

México. Gobierno de la República, "Plan Nacional de Desarrollo 2013-1018". Consultado mayo 1, 2015. http://www.snieg.mx/contenidos/espanol/normatividad/MarcoJuridico/PND_2013-2018.pdf

Milenio. "AMLO presenta a mando de Guardia Nacional". Consultado abril 18, 2019. https://www.milenio.com/politica/amlo-presenta-a-mando-de-guardia-nacional

Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 9. Consultado mayo 1, 2015. www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml

Parametría, Investigación Estratégica, Opinión y Mercado. "El Ejército mantiene altos niveles de confianza". Consultado mayo 1, 2015. http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4622

Análisis de la "cosa juzgada fraudulenta" desde el derecho internacional
¿Hacia dónde caminamos?

Esteban Coronel Ojeda*

Resumen

La justicia entra en sospecha cuando las investigaciones encubren la verdad y propenden la impunidad de los grandes crímenes. Como reacción, el derecho internacional construyó la teoría de la "cosa juzgada fraudulenta" después de los juicios de Núremberg, navegó por varios estatutos y tribunales internacionales, llegando a buen puerto de aplicación en crímenes *ius cogens* en el Ecuador. Ahora, el derecho enfrenta una época de transición ante el auge de la criminalidad transnacional. Por una parte, intenta someter su fuerza a la esfera del derecho interno. Ante su fracaso, apuesta por la intervención del derecho internacional penal. De cara al futuro, en este artículo se analiza una nueva perspectiva de aplicación de la cosa juzgada fraudulenta.

Palabras clave: cosa juzgada, verdad, impunidad, criminalidad transnacional.

* Fiscal en la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de Ecuador.

Abstract

Justice enters into suspicion when investigations cover up the truth and promote impunity for major crimes. As a reaction International Law constructed the theory of fraudulent *res judicata* after the Nuremberg trials, navigated through several statutes and International Tribunals, reaching a good port of application *in crimes ius cogens* in Ecuador. Now, the law faces a period of transition in the face of the rise of transnational criminality. For the other hand, tries to submit its force to the sphere of internal law, in the face of its failure, it bets on the intervention of International Criminal Law. With a view to the future, this article analyses a new perspective on the application of fraudulent res judicata.

Keywords: *res judicata*, truth, impunity, trasnational crime.

1. A manera de avance

La construcción histórica del derecho internacional gira en torno a la pacificación de los Estados, que intenta someter el desborde de poder a la esfera del derecho, "sometimiento representado por la superación del concepto de soberanía que debe quedar disuelto en el fenómeno jurídico. Es posible pacificar las relaciones internacionales utilizando el derecho; es posible extender la paz del derecho fuera del ámbito del Estado"[1]. Kelsen, en su teoría pura del derecho, propuso separar el derecho de elementos externos como la moral, la política y la necesidad de un orden coactivo. Esta separación queda disuelta al expandir la paz fuera del ámbito de los Estados. El derecho tiene una carga moral que evoluciona de valores subjetivos, a una moral objetiva razonada, común; como la justicia, la dignidad, la libertad.

El derecho intenta eliminar la guerra. Ante su fracaso, la contiene, regula e incluso la concibe como sanción. La forma de impedir la guerra o cualquier uso de la fuerza en la comunidad internacional será lograr un desarme mundial y hacer de la comunidad internacional una comunidad estatal, un único Estado mundial. Ambos son fines utópicos caracterizados

[1] Cristina García Pascual, *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, (Madrid: Trotta, 2015), 51.

por la desconfianza entre los Estados y el primado de los intereses generales sobre los particulares[2]. Existe una dialéctica inseparable entre guerra y derecho. Ferrajoli, por otra parte, manifiesta que el recurso de la guerra como sanción es un contrasentido desde el punto de vista moral y jurídico. Señala las siguientes razones:

> En primer lugar, porque aumenta el daño, causando innumerables víctimas entre la población civil, forzando desplazamientos y migraciones masivas. Al destruir infraestructuras productivas, sistemas de agua potable, escuelas, hospitales y barrios enteros condena a otros miles de personas a la privación futura de derechos civiles, sociales y ambientales básicos. Desde el punto de vista jurídico, la prohibición de la guerra podría considerarse un elemento fundante de la embrionaria —Constitución Global— que resulta de la Declaración Universal de Derechos de 1948, de los pactos de 1966 y de la propia Carta de Naciones Unidas. El trasfondo de esta prohibición es claro: el derecho solo puede aspirar a ser un instrumento civilizador en la medida que sea capaz de dar una respuesta asimétrica a la violencia[3].

Pese al razonamiento pragmático de Ferrajoli de utilizar el derecho como instrumento de pacificación, observamos que la guerra evoluciona en su horizonte, pasa de ser una agresión exclusiva entre Estados, al enfrentamiento con organizaciones delictivas, denominadas grupos organizados de poder o bandas criminales, que ejercen acciones bélicas de gran alcance en varios países sudamericanos. Las consecuencias son devastadoras en relación con los múltiples crímenes ejecutados que atentan contra la existencia y la conciencia de la humanidad. La desaparición de personas, asesinatos, torturas y desplazados constituyen acciones latentes de esta nueva clase de criminalidad.

Desde este mal se ha construido la comunidad internacional, el horror del pasado ha servido para la edificación del futuro, esto generó el nacimiento

---

[2] Ibíd., 54.

[3] Luigi Ferrajoli, *Las razones jurídicas del pacifismo*, (Madrid: Trotta, 2004), 15.

de grandes declaraciones, pactos, convenios de derechos humanos, con ideales de justicia, operativizados por organismos supranacionales, que su accionar en teoría quebrantan la soberanía de los Estados —como veremos más adelante—. El dolor de las víctimas funda una base de conciencia moral objetiva de doble vía; no repetir los horrores del pasado, y edificar una justicia restauradora. Como dice el sociólogo Ramiro Ávila, "el pasado no es tiempo que se debe olvidar, pero tampoco que se debe quedar, sino para trasformar la realidad"[4]. Esta construcción no debe centrarse únicamente en aspectos normativos —descriptivos— que también son importantes. Más allá, debe observar los aspectos dinámicos de la sociedad, con un enfoque histórico y práctico. En este sentido, Manuel Atienza indica "yo no concibo el Derecho simplemente (o fundamentalmente) como un sistema, sino, sobre todo como una actividad, como una práctica"[5].

Los aspectos dinámicos de la sociedad han permitido la construcción de una teoría de protección de derechos —que contiene caracteres esenciales, como la verdad, la justicia y reparación— denominada "cosa juzgada fraudulenta", cuya tarea principal es hacer frente a la impunidad y plasmar una memoria colectiva, que data —aunque no expresamente en su denominación— de los juicios de Núremberg, pasando por los Estatutos para el juzgamiento de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia, Ruanda, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), avanzando en su desarrollo integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y llegando a buen puerto, en la aplicación práctica en investigaciones y juicios de crímenes *ius cogens* en el Ecuador, como veremos.

Esta práctica encarnó grandes cuerpos normativos que sirven como herramienta jurídica de lucha contra la impunidad del pasado. Como diría Ihering: el derecho es como Saturno devorando a sus hijos; no le es posible renovación alguna sino rompiendo con el pasado[6]. El derecho internacional debe ser consciente de los problemas que enfrenta la sociedad actual ante el auge de una nueva criminalidad como la transnacional. Es decir, establecer una construcción dinámica que aborde los avances del

---

[4] Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido*, (México: Akal, 2019), 35.

[5] Manuel Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, (Madrid: Trota, 2017), 23.

[6] Rodolfo Von Ihering, *La lucha por el derecho*, (Granada, Comares, SL, 2008), 36.

pasado con la problemática actual, e incluso esté un paso adelante para introducir su violencia a la esfera del derecho.

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) construyó la estructura procesal de la cosa juzgada fraudulenta, aplicada en violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en el Ecuador. Por otra parte, el derecho internacional penal (DIP) se enfrenta a una nueva criminalidad, me refiero a los delitos transnacionales ejecutados por bandas criminales (que incluyen la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales), con consecuencias dañosas para la existencia y conciencia de la humanidad. Los mecanismos internos de los Estados han sido insuficientes para enfrentar el auge de esta nueva criminalidad. Sobre esto refieren los profesores Héctor Olasolo y Pablo Galain, al indicar varios desafíos que enfrenta el DIP los siguientes años: "El segundo gran desafío que afronta el DIP es fruto de su estrecha relación con el Derecho Penal Transnacional ('DPT'), y en particular a raíz de la propuesta de utilizar los mecanismos de aplicación propios del DIP para perseguir los delitos transnacionales"[7]. Esta analogía de utilizar dos ramas diferentes del derecho internacional para resolver los problemas actuales genera sin duda un enriquecedor debate de carácter teórico y práctico, que en principio puede resultar antagónico.

En este punto considero necesario realizar una distinción —aunque también encuentro similitudes— entre los delitos perseguidos por el DIP y los delitos transnacionales. El primero es de carácter restrictivo en torno a los crímenes de *ius cogens*, positivizado en grandes cuerpos normativos, fruto del horror del pasado. El segundo es regulado internamente de acuerdo con las circunstancias nacionales de criminalidad de cada uno de los países. Esta distinción que a primera vista puede resultar incompatible refuerza una primera tendencia de carácter práctica de calificar dichos delitos como crímenes internacionales. Como ejemplo claro tenemos el protocolo de Malabo del año 2014, que atribuye a la Corte Africana de

[7] Héctor Olasolo y Pablo Galain, *Los desafíos del derecho internacional penal*, (Valencia: Tirant to Blanch, 2018), 148.

Derechos Humanos[8] jurisdicción penal sobre delitos *ius cogens* y transnacionales. Pero el debate no se cierra aquí, existen cuestiones estructurales que merecen ser analizadas. Veamos.

Estas organizaciones delictivas llamadas "bandas criminales", para Héctor Olasolo, son consideradas una amenaza importante para las instituciones del Estado, puesto que su poder socioeconómico les permite sobornar funcionarios, interferir en procesos democráticos, afectar la manera en que ciudadanos y comunidades se relacionan con la institucionalidad (perpetuando escenarios de ilegalidad), y propician el retroceso de la acción de los Estados en materia de política, social, administración de justicia y gobernanza local[9].

Puesto así en contexto, desarrollaré el nacimiento, evolución y aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta en los crímenes *ius cogens*, e intentar establecer la conexión directa con esta clase de criminalidad. Aclarando que esta teoría es de carácter adjetiva aplicada a crímenes *ius cogens* como remedio frente a la amnesia e impunidad de los grandes crímenes y que los delitos transnacionales corresponden al derecho penal sustantivo. De todas formas, considero que esta propuesta teórico-práctica colisiona con instituciones como la cosa juzgada, la seguridad jurídica, e incluso la soberanía de los Estados, que abordaré más adelante.

2. El nacimiento de la cosa juzgada fraudulenta en el derecho internacional

Antes de referirme al nacimiento de la cosa juzgada fraudulenta, debo contextualizar la cosa juzgada y sus elementos principales como institución alterable. Esta institución de carácter dogmático ha sido desarrollada como garantía del debido proceso, su deber es fijar un punto final en la discusión de casos que impida de nuevo juzgar, revocar o reconsiderar lo decidido. Como consecuencia, brinda seguridad jurídica a los intervinientes en el conflicto y a la sociedad. En este punto, Federico Morgenstern establece que "la necesidad de que el derecho sea funcional y autoritativo impone

---

[8] Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights.

[9] Héctor Olasolo Alonso, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 47.

fijar un punto final para discutir los casos, porque los sistemas jurídicos no pueden sobrevivir sin una prohibición de litigar una y otra vez la misma cuestión"[10]. En la esfera internacional, tenemos varios instrumentos que resguardan el principio *non bis in idem* como la Convención Americana de Derechos Humanos[11], en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[12], entre otros.

Por otra parte, Ibáñez Guzmán establece que "tradicionalmente, la cosa juzgada tiene su marco en el proceso, se refiere al comportamiento estanco, al rito procesal y a la ejecutoria de una decisión judicial, a la cual no existe posibilidad de interponer medio de gravamen o medio de impugnación alguna". El autor también acota que "el tener una sentencia en firme, por encima de la verdad material, y el no volver sobre los mismos hechos, resaltando la impunidad y la desprotección de la víctima, sin duda ha quedado proscrito, no sólo en la temática interna sino en el campo internacional"[13]. Entonces, la cosa juzgada brinda certeza a sentencias judiciales otorgando una eventual tranquilidad a los intervinientes en conflicto, siempre que haya sido obtenido con medios lícitos y persigan el fin último de la justicia; la paz social.

En el área penal, la cosa juzgada equivale al *non bis in idem* recogida en la mayoría de las constituciones. La constitución del Ecuador, por ejemplo, establece que "nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia"[14], aplicable también a otras áreas del derecho. Incluso se entrega igual valor a los casos resueltos por la justicia indígena, prohibiendo el doble juzgamiento. Esto implica respetar lo decidido con la finalidad de evitar el desbordamiento del poder punitivo del Estado.

---

[10] Federico Morgenstern, *Cosa juzgada fraudulenta: un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, (Montevideo: B de F, 2015), 15.

[11] Art. 8. 4 4. "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

[12] Art. 14. 7. "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

[13] Augusto J. Ibáñez Guzmán, *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 425.

[14] Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, i).

En búsqueda de la justicia como ideal —moral objetiva—, nada es absoluto si lo plasmamos con razones que puedan destruir y construir el derecho al servicio de la justicia. La cosa juzgada cuando lesiona la verdad propende la impunidad, desprotege a la víctima, y es obtenida sin un debido proceso o por medios ilícitos merece ser derribada. Algunos juristas y políticos rinden culto a instituciones jurídicas como dogmas intocables, como la supremacía absoluta de la ley, la seguridad jurídica, la prohibición del doble juzgamiento, entre otros. Estas instituciones en algunos casos fueron edificadas bajo la apariencia de legalidad dentro del Estado de derecho, pero aplicadas en un escenario de violaciones masivas a los derechos humanos, como lo sucedido en España, Argentina, Chile y otras latitudes. Aplicarla la cosa juzgada como garantía en este contexto lesiona la verdad material. En este lineamiento, Morgenstern indica que cuando la exploración judicial no se encaminó a la búsqueda de la verdad, sino a rescatar y sobreseer a quien fue objeto de una hipótesis delictiva plausible, la firmeza del sobreseimiento no tiene que ser inmutable[15]. Entonces, cuando existe un "juicio o investigación" con hipótesis falsas, ocultamientos y estructuras de impunidad demostrables, la cosa juzgada puede ser alterable.

El problema de la cosa juzgada fue discutido después de los juicios de Núremberg, cuando la persecución de los crímenes nazis se dejó en manos de las autoridades alemanas, quienes fueron bastante suaves y extremadamente sensibles por los indultos otorgados por las cortes aliadas[16]. En lo posterior, producto de las masacres de Ruanda y la ex-Yugoslavia, se establecieron excepciones a la cosa juzgada, que fueron también recogidas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos.

> La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8, a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No

[15] Morgenstern, *Cosa juzgada fraudulenta: un ensayo sobre la cosa juzgada írrita, 1.*

[16] Carlos Nino, *Juicio al mal absoluto*, (Argentina: Siglo Veintiuno, 2015), 59.

> hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia[17].

Veamos ahora cómo esta corriente producto del diálogo entre tribunales internacionales encarnó en otras latitudes, como la latinoamericana, y que a consecuencia de su desarrollo jurisprudencial fue aplicada en tribunales domésticos que pretendían encubrir la verdad material.

3. Evolución y aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recoge este criterio de otros tribunales internacionales por primera vez en el año 2004, en la sentencia Carpio Nicole y otros *vs*. Guatemala: "El desarrollo de la legislación y la jurisprudencia internacional ha permitido el examen de la llamada 'cosa juzgada fraudulenta' que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad"[18].

De cara a su evolución contenciosa, y bajo el criterio de luchar contra la impunidad, la Corte IDH, en el año 2006, desarrolla el caso Almonacid Arellano *vs*. Chile:

> En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la CADH, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos

---

[17] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 20, numeral 3.

[18] Corte IDH Caso Carpio Nicolle y otros *vs*. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Párr. 131. Para llegar a este criterio, la Corte examinó el artículo 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), el artículo 20 del Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda (1994) y el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (1993).

> o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia[19].

Este criterio fue recogido por la Corte IDH, en el mismo año —2006—, en el caso conocido como la Cantuta *vs*. Perú[20]. En consonancia con su línea de sentencias, en el año 2009 en el caso Escher y otros *vs*. Brasil, determinó de forma puntual lo siguiente: "El fallo que absolvió a la jueza Khater de su responsabilidad funcional constituyó 'cosa juzgada fraudulenta' y, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, en esos casos la decisión podría ser revisada por determinación de este tribunal"[21]. Nuevamente, y en otro caso análogo, este tribunal internacional ha establecido el criterio de un nuevo "fenómeno establecido como 'cosa juzgada aparente' cuando del estudio fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente establecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad"[22]. La última sentencia resuelta por este mismo tribunal fue en el caso Masacres del Mozote y Lugares Aledaños *vs*. El Salvador, en el cual de una forma imperativa solicita al Estado lo siguiente "a) abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación"[23].

---

[19] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154.

[20] Corte IDH, Caso La Cantuta *vs*. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 153.

[21] Corte IDH, Caso Escher y otros *vs*. Brasil, sentencia del 6 de julio del 2009, párr. 245.

[22] Corte IDH, Caso Nadege y otros *vs*. República Dominicana, sentencia del 24 de octubre de 2012, párr. 196.

[23] Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs*. El Salvador, 25 de octubre de 2012, párr. 319, literal b.

Estas sentencias resuelven las obligaciones objetivas de los Estados adscritos a la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la investigación, protección y sanción de las arbitrariedades. Estas han tenido buen puerto de acogida —hasta ahora— en virtud del diálogo de tribunales internacionales con los nacionales, conocido como el control de convencionalidad. Ahora bien, con este antecedente la Corte Nacional de Justicia del Ecuador trató con sumo cuidado la verdad material —justicia— sobre la seguridad jurídica: "La cosa juzgada fraudulenta o írrita es excepcional y puede darse en caso de fraude, dolo o colusión, cuyo propósito 'es obtener la invalidación de actos ilícitos cubiertos de formas procesales, realizados en perjuicio de terceros que no han litigado' y aún de los que han litigado. En este sentido, se justifica su aplicación sobre la base del deber de decir la verdad al ser una forma de estafa procesal considerándose de que debe prevalecer la justicia por sobre la seguridad"[24].

La Corte Constitucional del Ecuador también reflexiona sobre la flexibilidad de la cosa juzgada vinculando al servicio de la justicia dentro del caso Gonzáles y otros:

> Es la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho, sin embargo, la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico. Esta Corte estima que la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de la normatividad jurídica en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas normas sean justas y provoquen desenlaces justos, y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, írrita o fraudulenta[25].

---

[24] Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia dentro de la causa 1631-2013 (Caso González y otros), dictada el 16 de diciembre de 2014.

[25] Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia n.º 021-10-SEP-CC de fecha 11 de mayo del 2010", citada en: Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Auto de Llamamiento a juicio Caso González y otros de 30 de abril de 2014, Causa 1329-2013.

Finalmente, Ecuador al igual que otros países sudamericanos, en 1984-1988, fue víctima de delitos de lesa humanidad. Según el Informe de la Comisión de la Verdad del año 2008, dicha ejecución se dio en un régimen aparentemente democrático que dejó un número considerable de víctimas. Recordemos que el contexto histórico latinoamericano vivido con la operación o Plan Cóndor fue ideado por el general Augusto Pinochet, quien coordinó la represión de la oposición política en las décadas de 1970 y 1980, de los regímenes dictatoriales de Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia. Sobre esto, el fiscal italiano Giancarlo Capaldo presentó en los tribunales de Italia un informe de la CIA estadounidense, en el que basa la acusación por la muerte de italianos en la represión del llamado Plan Cóndor en América Latina; en dicho informe precisa que Perú y Ecuador se convirtieron en miembros de este plan a finales de la década de 1980[26].

La Fiscalía de la Comisión de la Verdad del Ecuador, encargada de investigar los delitos de lesa humanidad ocurridos en el régimen descrito, utilizó la teoría de la cosa juzgada fraudulenta para reabrir investigaciones que se consideraban inmutables. Entre varios casos emblemáticos, tenemos los casos "Vaca-Cajas Jarrín", "Azuay"[27], entre otros. Para determinar el fraude de la cosa juzgada se realizó un examen minucioso a las anteriores investigaciones que se consideraban juzgadas[28]. Para ello el experto utilizó los estándares construidos desde el derecho internacional que permitan esclarecer si en la indagatoria existieron: i) investigaciones realizadas

---

[26] Italia dicta sentencia sobre el Plan Cóndor con Troccoli como único presente (enero 16, 2017), https://search.proquest.com/docview/1858740027?accountid=14777

[27] La Comisión de la Verdad recogió 118 casos con un total de 456 víctimas, con seis tipos de violaciones de los derechos humanos: 269 víctimas de privación ilegal de la libertad, 365 de tortura; 86 de violencia sexual; 17 de desaparición forzada; 68 de ejecución extrajudicial y 26 atentados contra la vida. El periodo de análisis fue realizado en dos contextos diferentes. De 1984-1988, se determinó la existencia de un delito de lesa humanidad. De 1988 al 2008, violaciones a derechos humanos, sin los patrones de generalidad y sistematicidad.

[28] Peritaje denominado "Crímenes de lesa humanidad y aplicabilidad de la cosa juzgada fraudulenta: análisis del proceso judicial por la muerte de Ricardo Merino Serrano (Proceso Judicial 854-86), realizado por el profesor Danilo Caicedo Tapia. Experto en estudios avanzados en derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, y Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador.

fuera de la jurisdicción ordinaria, que tuvieron como fin sustraer al investigado, no existiendo la real intención de someter al imputado a la justicia; ii) investigaciones realizadas sin independencia e imparcialidad; iii) investigaciones sin garantías procesales de conformidad con el derecho internacional; iv) investigaciones sin la debida diligencia tendiente a resolución de cosa juzgada fraudulenta o aparente.

Como el caso analizado por el experto existen centenares, en los que sus responsables no enfrentaron el riesgo a ser juzgados por el sistema judicial de la época, convirtiéndose en absoluciones falsas de responsables materiales que merecían ser revisadas, sin la alegación de la garantía procesal de cosa juzgada. De aquí podemos extraer otro elemento, y sumamos a los estándares establecidos por el derecho internacional, que es la *ausencia de riesgo*.

En la misma línea, Taruffo nos ilustra con tres criterios para una decisión justa que se extraen como subcategorías insatisfechas en los casos de lesa humanidad en el Ecuador, "a) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación fiable de los hechos relevantes del caso, y c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la conclusión"[29]. Según el filósofo, la justicia asume la forma de un algoritmo que comprende y conecta con los tres valores.

Ahora bien, la aplicación práctica de esta teoría genera confrontaciones con instituciones jurídicas que se consideran hasta el día de hoy como inamovibles, como la propia cosa juzgada —que ha sido desarrollada—, la seguridad jurídica, e incluso la soberanía de los Estados, en particular la independencia judicial. Esta corriente negativa puede incluso poner en duda la existencia del derecho internacional en su conjunto. Otro argumento a favor es la encrucijada en la que se encuentra el DIP de cara al futuro, inquietud planteada por los profesores Olasolo y Galain, en cuanto a la necesidad de redefinir y elaborar un marco teórico sólido sobre los fines a los que se dirige[30]. Veamos.

---

[29] Michele Taruffo, *Proceso y decisión*, (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2012), 237.

[30] Olasolo y Galain, *Los desafíos del derecho internacional penal*, 42.

4. Los dilemas en la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta desde el derecho internacional

El derecho como construcción social puede generar instituciones que en un inicio pueden resultar inamovibles. A la luz del propio derecho internacional, dejé anotado que mediante un examen razonado se pueden deconstruir nuevamente. Entonces el derecho internacional, como se ha sostenido, tiene un destino singular que lo condena desde su nacimiento a justificarse constantemente, a desarrollarse y a protegerse bajo la sospecha de su falta de autenticidad jurídica[31]. Como bien refiere la profesora Cristina García Pascual, se podrán distinguir al menos dos grandes tendencias doctrinarias; de un lado, la de aquellos que niegan categóricamente el carácter jurídico del llamado derecho internacional y, de otro, la de aquellos que defienden su juridicidad con distintos grados y de diversas fundamentaciones[32]. Estando así las cosas, observemos los postulados negativos de estas corrientes con la aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta.

4.1. Un derecho que no obliga. *Soft law*

En las teorías negacionistas se suman argumentos que lo debilitan como pasar del *hard law*, al *soft law*, un derecho que no obliga, su cumplimiento se encuentra sometido a la voluntad de los Estados, convirtiéndose los aspectos coercitivos que emanan del derecho internacional en imperativos morales-discrecionales. La falta de coercitividad es una de las críticas transversales y sujeta a constantes debates dentro de esta rama. Tanto es así que, para Kelsen, el derecho internacional puede definirse, del mismo modo que el derecho estatal, como un orden coactivo, un orden que intenta lograr una determinada conducta de los hombres utilizando como medio la amenaza de una sanción[33]. Pero en ese intento de lograr la coercitividad refiere que se encuentra en evolución constante como antes se encontraba el derecho interno. Es decir, en un estado de origen primitivo. Este autor toca un punto neurálgico, refiere que en el orden internacional

---

[31] García Pascual, *Norma mundi, La lucha por el derecho internacional*, 19.

[32] Ibíd., 19.

[33] Ibíd., 62.

no existen órganos centrales especializados para la formación y ejecución del derecho. No rige el principio de división de poderes… la formación de las normas generales se produce por vía de la costumbre o por la vía de la convención (tratado)[34]. Su crítica tiene respuesta parcial. Como bien es conocido, después de la Segunda Guerra Mundial existe una evolución notable de organismos supranacionales regulados mediante su normativa, como la Organización de Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional. El origen primitivo del derecho internacional se encuentra latente con las amenazas de sanción —la guerra es la respuesta más extrema—.

Pero ¿contamos con una teoría sólida y uniforme de derecho internacional que permita integrar los fines que persigue? Para Hart, en 1961, más de una década después de acabar la Segunda Guerra Mundial, creada la estructura de la ONU y en el marco de la Guerra Fría, considera que el derecho internacional es ineficaz, pues carece de órganos jurisdiccionales capaces de determinar con autoridad cuando una norma ha sido violada y en su caso imponer sanciones[35]. Para este último, el orden jurídico internacional no es un sistema normativo; estaríamos frente a normas asistemáticas, que pese a su carácter no jurídico tendrían relevancia social y de carácter obligatorio[36].

4.2. La soberanía de los Estados

En esta línea, otro de los dilemas que enfrenta la cosa juzgada fraudulenta como teoría construida desde el derecho internacional es la afectación de la soberanía de los Estados. Observemos tendencias que absorben la soberanía del Estado. Autores como Philipp y Albert Zorn o Max Wenzel fundan el derecho internacional sobre la voluntad aislada del Estado, cuya soberanía absoluta no admite ningún modo de limitaciones. El llamado derecho de gentes no sería, así, más que la proyección en el exterior del orden jurídico estatal[37]. En este hilo, Kelsen al elaborar su famosa teoría pura del derecho recoge la concepción monista o integradora. Él relativiza

---

[34] Ibíd.

[35] Ibíd., 96.

[36] Ibíd., 97.

[37] Ibíd., 46.

al Estado. Lo concibe como un escalón jurídico intermedio y defiende así la idea de que, tomando como punto de partida a la comunidad internacional universal —integrantes de todos los Estados— a través de la sucesión continua de formaciones jurídicas que se van integrando unas en otras, se llega a las comunidades jurídicas que vertebran el Estado[38]. Para este autor, la soberanía del Estado se ve disuelta en el ordenamiento jurídico en su conjunto, para configurar un Estado mundial aproximándose al ideal kantiano de la federación de Estados.

Del lado contrario, encontramos a varios detractores, entre ellos a Hart, quien tiene tres razones a partir de su teoría del derecho como normas primarias (normas de conducta que imponen una obligación) y secundarias (normas de organización o competencia, especifica la forma como las normas primarias pueden ser consideradas válidas, creadas, derogadas o modificadas…). De esta forma, pone en duda el carácter jurídico del derecho internacional: en primer lugar, con la consideración del derecho como un orden principal y esencialmente coactivo; en segundo lugar, con la visión imperativa del derecho que solo reconoce normas jurídicas allí donde hay un legislador soberano; y, en tercer lugar, con la consideración del derecho como un orden moral[39]. Para este autor, un Estado soberano es aquel que no está sometido a ciertos tipos de control, y su soberanía es el área de conducta en la que es autónomo. Del otro lado, Kelsen plantea otra visión del monismo estatal, que se basa en la supremacía del orden estatal sobre el internacional, concebida como respuesta al difícil problema de las relaciones entre derecho interno y derecho externo[40]. La profesora Pascual resume las críticas a Hart, indicando que el autor insta en la obligatoriedad de las normas internacionales y al mismo tiempo admita que en ellas no encontremos ese contenido mínimo de derecho natural que sabemos que es un requisito no solo para la existencia de los órdenes jurídicos, sino también para la viabilidad de cualquier orden moral social[41].

---

[38] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, (Madrid: Trotta, 2011), 144.

[39] García Pascual, *Norma mundi, La lucha por el derecho internacional*, 97.

[40] Ibíd., 102.

[41] Ibíd., 106.

Por otra parte, no cabe duda de que la expansión generada en la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta a raíz de la evolución contenciosa de la Corte IDH ha sobrepasado las fronteras nacionales con el fin de alcanzar la verdad y el ideal de justicia. Esta corriente progresista sería duramente criticada por Eric Posner. "Para este autor hoy más que nunca deberíamos denunciar y limitar cualquier intento de expansión del principio de legalidad más allá de las fronteras de los Estados, indica que nos deberíamos reivindicar contra el cosmopolitismo lo que bien podríamos denominar un nuevo realismo"[42]. En este sentido, encontramos que Posner se presenta altamente crítico con las estructuras internacionales existentes (con los tribunales internacionales o con los organismos de Naciones Unidas) en cuanto imponen o pretenden imponer limitaciones a las distintas soberanías… Estaríamos, según el jurista norteamericano, frente a la creencia ciega en el poder del derecho y de las instituciones jurídicas para resolver conflictos políticos, derivada del prestigio del legalismo en el ámbito estatal[43].

Si Posner entrara en detalle sobre la aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta que nace desde el derecho internacional, diría que es una ideología floreciente basada en la idea de que las leyes prevalecen sobre el poder y de que los jueces deben tener un amplio poder interpretativo, el ahora llamado activismo judicial. Otra de las duras críticas ya enunciadas en líneas anteriores es el *soft law* del derecho internacional; en este sentido, lo califica como irrelevante, indica que "ningún actor no estatal […] puede llevar al Estado a cumplir o violar el derecho internacional. No los puede hacer los tribunales. Es difícil encontrar un solo ejemplo de un tribunal de justicia en Estados Unidos que obligue al Gobierno a acatar el derecho internacional en contra de su voluntad. Decir que un tribunal obliga a cumplir con el derecho internacional sería, para Posner, tanto como afirmar que se impide al Estado salirse de un tratado"[44]. La ideología de Posner tiene un resultado pragmático, cuando el 15 de marzo del 2019 Michael Pompeo, el secretario de Estado de los Estados Unidos, anunció que se

[42] Ibíd., 200.

[43] Ibíd., 202.

[44] Ibíd., 203.

prohibirán los visados al personal de la Corte Penal Internacional, que estudian la posible responsabilidad estadounidense entre 2003 y 2004 en los supuestos crímenes de guerra cometidos en Afganistán[45].

Pero cuando no existían intereses políticos y económicos de por medio, el DIP evolucionó bajo una política de fuerza, es decir, el interés de los vencedores sobre los vencidos, quienes en 1945 establecieron los principios a los Juicios de Núremberg. Este hito sirvió para construir poco a poco la teoría de la cosa juzgada fraudulenta, que paradójicamente ahora es aplicada por los vencidos sobre los vencedores autores de los horrores, especialmente en Latinoamérica. En esta línea, Lundsterdt rechaza, por ejemplo, la Sociedad de las Naciones y refiere que, antes de servir al interés general de la humanidad, es el instrumento de los intereses nacionales de los Estados vencedores, mientras lo que se denomina como ciencia del derecho internacional no es más que un conjunto de ficciones que encubren hipócritamente fines nacionales[46].

En este sentido, Posner refiere que los tribunales internacionales no son instituciones imparciales ni independientes, y su pretensión de hacer justicia frente a los esfuerzos de los Estados son ilegítimos. La única función que estas instituciones podría ejercer legítimamente sería la de ayudar a los Estados a resolver sus disputas, y solo en el caso de que estos tengan la intención resolverlas[47]. Este crítico disminuye la legitimidad de los tribunales internacionales, su posición es conservar el poder hegemónico de no intervención de organismos internacionales como la CPI en los asuntos que comprometan a Estados Unidos en graves violaciones a los derechos humanos, como quedó descrito. Pero, por otra parte, defiende el arbitraje internacional mediante reglas claras y previas que no atentan contra la soberanía de los Estados, para ello cita el ejemplo "brillante" de la Organización Mundial de Comercio; con esta propuesta se denota su real intención de sobreponer los asuntos económicos sobre la humanidad.

---

[45] EE. UU. por la impunidad, (abril, 2019), https://bit.ly/2IpbKtS

[46] García Pascual, *Norma mundi, La lucha por el derecho internacional*, 91.

[47] Ibíd., 214.

4.3. La independencia judicial

Para culminar con este análisis sobre la soberanía de los Estados, cabe señalar que en gran medida está íntimamente relacionada con la independencia judicial de las jurisdicciones nacionales; en este sentido, para la Corte IDH, al ejercer el denominado control de convencionalidad, los jueces deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho dicha Corte[48]. Es decir, aplicar de forma obligatoria la corriente jurisprudencial del tribunal supranacional en los casos bajo su conocimiento. Ahora, ¿los tribunales internacionales pueden ordenar y obligar a jueces nacionales a seguir sus sentencias? Recordemos que la teoría de la cosa juzgada fraudulenta nace de la interpretación de normativa internacional tomada por la Corte IDH, y a su vez es aplicada por los jueces nacionales mediante el llamado control de convencionalidad[49], teoría también creada por la Corte IDH. Se podría interpretar como una petición al operador nacional de no cuestionar ni dudar de la jurisprudencia interamericana y sus interpretaciones, sino aplicarlos directamente[50]. Entonces el organismo supranacional asume un rol de guía máximo de las jurisdicciones nacionales para evitar gruesos errores, como lo sucedido históricamente en nuestra latitud en crímenes *ius cogens* que tenía alta incidencia de impunidad en las jurisdicciones internas. Cuando se aplicaba la prescripción, se permitían el "juzgamiento" a los perpetradores en jurisdicciones militares o policiales, o cuando se negaban a reabrir investigaciones por encontrarse con estados de "cosa juzgada", o gozaban de indultos concedidos el pretexto de reconciliación nacional y olvidar lo sucedido. Carlos Nino sintetiza las alegaciones que presentaban las defensas en los juicios de derechos humanos en Argentina: la falta de autoría, el estado de necesidad, la legítima defensa, la existencia de un estado de guerra, la obediencia de órdenes, el sistema de prescripción de

---

[48] Karlos Castilla, "La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano", *Estudios constitucionales* 14, n.º 2 (2016): 64. https://bit.ly/2Z5hrTK

[49] Según la Corte IDH, en la Resolución n.° 20, de marzo del 2013, párrs. 65 y 68, refiere que el control de convencionalidad es una institución que se utiliza para *aplicar* el derecho internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH.

[50] Castilla, *La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano*, 89.

las acciones y la injusta selectividad de la acusación[51]. Excepciones que se encuentran relativamente superadas en tribunales domésticos.

Sin embargo, cuando se pensaba que la confianza se encontraba entregada a las jurisdicciones nacionales con la creación y aplicación de la teoría internacional de la cosa juzgada fraudulenta mediante el control de convencionalidad, encontramos una resistencia con este organismo internacional en relación con la obligatoriedad de sus mandatos, que tácitamente conlleva el mensaje de no intervención en las decisiones judiciales, bajo los principios de independencia e imparcialidad. La Corte Provincial del Justica de la provincia del Azuay, Ecuador, a propósito de la Opinión Consultiva n.° 24-17[52], resuelta por la Corte IDH, refirió:

> Las Decisiones de la Corte IDH son de relevancia, su pronunciamiento permite advertir a los Estados del riesgo en que se encuentran de no asumir y declarar su responsabilidad sobre determinados temas, en este caso del tema importante relacionado con los derechos humanos, que por su naturaleza no deben referirse a un caso en particular, sino a situaciones generales que incumben a la mayoría de Estados Miembros de la OEA, por lo que no es vinculante ni de obligatorio cumplimiento para el estado ecuatoriano[53].

Bajo este criterio tenemos dos corrientes que pueden resultar antagónicas dentro de las jurisdicciones nacionales, particularmente en el Ecuador; por un lado, encontramos a jueces nacionales aplicando teorías internacionales de protección de derechos como la "cosa juzgada fraudulenta", sin la necesidad de reformas de carácter legal y constitucional, y, por otro lado, existe la corriente "positivista", de ajustarse a las "reglas", desconociendo la aplicación del derecho internacional por medio de principios que llevan

---

[51] Nino, *Juicio al mal Absoluto*, 258.

[52] La Corte IDH, el 24 de noviembre de 2017, emite la Opinión Consultiva OC/17, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

[53] Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, sentencia del 10 de septiembre del 2018, p. 20.

a una mejor interpretación del derecho en su conjunto, cuya finalidad es alcanzar la justicia.

5. ¿Hacia dónde caminamos?

El derecho internacional, desde su existencia, intenta justificarse frente a los dilemas que enfrenta. Su norte parece incierto cuando desde las jurisdicciones internas pretenden desconocer su juridicidad bajo la justificación de la necesidad de reglas que encarnen su desarrollo y aplicación. Pero minimizar su aporte es negar el sufrimiento histórico de la humanidad, que en base al horror construyó la teoría de la cosa juzgada fraudulenta en crímenes *ius cogens*. Sin embargo, quedó demostrado que los imperativos internacionales pueden ser aplicados por tribunales domésticos, pese a su gran resistencia. En este hilo, el camino abierto es esperanzador, el ideal de justicia internacional se impone frente a instituciones internas que rinden culto a formas y reglas, sin comprender la dinámica de la sociedad que busca la verdad. Esta aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta en tribunales domésticos genera soluciones para la lucha contra la impunidad, pese a los problemas aún imperantes en los sistemas jurídicos internos e internacional que todavía se justifican desde la práctica.

El camino abierto también es pantanoso y hasta utópico en su horizonte, frente a corrientes amnésicas que bajo el pretexto de reconciliación interna pretenden no dar respuesta a los problemas del pasado. En el caso de Uruguay, existía una sanción democrática que otorgaba amnistía para las violaciones a los derechos humanos. Pero la Corte IDH nos enseñó que las decisiones de la mayoría no se sobreponen al dolor de la minoría. Como referí, el DIP se plantea un nuevo reto teórico y práctico, pese a las encrucijadas que enfrenta, como saber hacia dónde se dirige ante la falta de un marco teórico sólido y la posibilidad de usar esta rama para perseguir la nueva criminalidad transnacional que desborda las fronteras de los Estados.

Entonces, ¿se puede aplicar la cosa juzgada fraudulenta en la criminalidad transnacional? Esta nueva criminalidad sobrepasa el alcance de persecución de los ordenamientos jurídicos internos, para emprender su persecución desde el derecho internacional, que incluso este último es también ineficiente en relación con las antiguas estructuras de control, incluyendo los mecanismos de respuesta del derecho transnacional penal,

de manera que ni tan siquiera han sido suficientes la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la Convención de Palermo de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional[54]. El factor económico es un elemento transversal para entender que esta lucha es improbable regular y someterla internamente a la esfera del derecho nacional. "Como resultado, en una época en donde cincuenta de las primeras cien economías del mundo corresponden a corporaciones transnacionales, no puede extrañar que las estructuras clandestinas empresariales del crimen organizado tengan anualmente beneficios que superen al producto interior bruto de una buena parte de los casi doscientos Estados existentes en la sociedad internacional"[55]. Lo descrito es confirmado por Garzón cuando afirma que "el crimen organizado está experimentando cambios sustanciales y constantes en América Latina, posicionándose como uno de los actores estratégicos relevantes del hemisferio, reconfigurando las fronteras territoriales, teniendo un papel importante en la economía, penetrando las estructuras políticas y sociales, y poniendo en juego los avances alcanzados en la construcción del Estado y el sistema democrático"[56].

Como referí con anterioridad, la institución de la cosa juzgada fraudulenta nace del DIDH, aplicada a crímenes *ius cogens*, caracterizados por la protección individual y colectiva de la humanidad, como consecuencia de las masacres vividas, que afecta a la conciencia de la comunidad internacional. Entonces, esta institución es un remedio procesal que mira a la justicia bajo sospechas. Del otro lado, los delitos transnacionales son caracterizados por Prieto como i) un fenómeno de crimen organizado; ii) construido alrededor del narcotráfico y otras actividades económicas lícitas e ilícitas como la minería, la microextorsión o el microtráfico; iii) desligadas teóricamente de las lógicas del conflicto armado en términos jurídicos y militares; iv) de bajo perfil, urbanas, con estructuras en su mayoría no militares pero con capacidad para administrar territorios y ejercer amplio control social en lo local; v) con capacidad para realizar

[54] Olasolo y Galain, *Los desafíos del derecho internacional penal*, 149.

[55] Ibíd., 150.

[56] Ibíd., 46.

alianzas transitorias con grupos guerrilleros en el nivel nacional y con carteles y redes criminales a nivel internacional; vi) con capacidad para infiltrar instituciones y corromper miembros de la fuerza pública y funcionarios públicos; y vii) responsables de un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos[57].

Entonces, encontramos dos tipos de criminalidades que están a la vista del derecho internacional. El uso de los tipos penales construidos por el DIP para combatir los delitos transnacionales, de forma análoga sería desnaturalizar el objeto de persecución, aunque los fines son similares como la búsqueda de la justicia como ideal. Pero esto no se ha planteado en el presente trabajo, aunque refieren los profesores Olasolo y Galain

> Esto no impide, sin embargo, que algunas de las manifestaciones más graves de la violencia ejercida por las estructuras empresariales clandestinas que tienen como principal actividad los delitos transnacionales puedan ser calificadas como crímenes de *ius cogens*, en particular como crímenes de lesa humanidad, y deban por lo tanto recibir una respuesta apropiada a la naturaleza de los mismos a través de los mecanismos de aplicación del DIP. Esto sucede cuando, como ocurre con los carteles mexicanos del narcotráfico o las bandas criminales colombianas…[58].

Por otra parte, Nino establece que "las violaciones de derechos humanos, junto con delitos como el terrorismo, el narcotráfico y la desestabilización de gobiernos democráticos, suponen hechos que pueden, dada su magnitud, exceder la capacidad de su tratamiento por tribunales nacionales"[59].

Entonces, debemos entender la dinámica del derecho como construcción social, y entender los alcances que brinda ante los nuevos problemas que debemos enfrentar como la criminalidad transnacional, entendiendo que sus redes sobrepasan la esfera de control de los Estados y dejan servido al

---

[57] Ibíd., 154.

[58] Ibíd., 167.

[59] Nino, *Juicio al mal absoluto*, 286.

derecho internacional para emprender una solución razonada y práctica. La idea es demostrar que la institución de la cosa juzgada fraudulenta puede servir como remedio procesal a investigaciones o juicios que se realicen en jurisdicciones internas, para la lucha contra la impunidad de los Estados, y más aun tratándose de crímenes de grandes proporciones, como los transnacionales.

Para aplicarla debemos observar que la cosa juzgada como institución reúna los requisitos para ser fraudulenta, como cuando se realiza una investigación o juzgamiento fuera de la jurisdicción ordinaria, sin independencia e imparcialidad, sin garantías procesales, sin la debida diligencia, y la ausencia de riesgo en el juzgamiento. Entonces en ese momento debemos dudar de la "justicia". El desarrollo de esta institución y su forma de aplicación en las jurisdicciones nacionales es nueva y particular, tanto así que únicamente ha servido en violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en el Ecuador (como detalle en el apartado de evolución y aplicación práctica) como una herramienta jurídica para alcanzar la verdad. Pero su justificación teórica permite en un futuro no descartar su aplicación en el DTI, cuando este logre encauzar un norte con el DIP.

Para esbozar una nueva perspectiva de aplicación debemos tener en cuenta los propios límites que impone el derecho, sin rendir cultos a instituciones consideradas inamovibles, que, si bien son garantías del Estado de derecho, pero su objetivo primordial es satisfacer los derechos fundamentales del individuo considerando la expansión protectora a nivel internacional. Sobre el imperio de la ley, refiere Laporta que yo creo deberíamos leer en el sentido de que la letra de la ley marca un límite a la empresa de interpretar en el derecho, pero no le señala (no siempre) su horizonte: hacia donde debe dirigirse esa actividad. Pues el Estado de derecho no supone solo el respeto al imperio de la ley y a la división de poderes, sino también a la defensa y promoción de los derechos fundamentales y la prohibición de arbitrariedad[60].

[60] Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, 114.

Bibliografía

Atienza, Manuel. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trota, 2017.

Ávila, Ramiro. *La utopía del oprimido.* México: Akal, 2019.

Castilla, Karlos. "La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano", *Estudios Constitucionales* 14, n.º 2 (2016). https://bit.ly/2Z5hrTK

Ferrajoli, Luigi. *Las razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Trotta, 2004.

García, Cristina. *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2015.

Ibáñez Guzmán, Augusto. *El sistema penal en el Estatuto de Roma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta, 2011.

Morgenstern, Federico. *Cosa juzgada fraudulenta: un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*. Montevideo: B de F, 2015.

Taruffo, Michele. *Proceso y decisión*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. Marcial Pons, 2012.

Von Ihering, Rodolfo. *La lucha por el derecho.* Granada. Comares, SL, 2008.

Normativa

Supranacional e Internacional

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994).

Estatuto Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (1993).

Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights.

Nacional

Constitución Política de la República del Ecuador, CRE. [1979]. [Quito]: Aprobada en referéndum del 15 de enero de 1978.

Jurisprudencia

Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta *vs*. Perú, 29 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nadege Dorzema y otros *vs*. República

Dominicana, 25 de noviembre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Carpio Nicolle y otros *vs*. Guatemala, 22 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Escher y otros *vs*. Brasil, sentencia del 6 de julio del 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs*. El Salvador, 25 de octubre de 2012.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia dentro de la causa 1631-2013 (Caso González y otros), dictada el 16 de diciembre de 2014.

Nacional

Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia n.º 021-10-SEP-CC de fecha 11 de mayo del 2010", citada en: Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Auto de Llamamiento a juicio Caso González y otros de 30 de abril de 2014, Causa 1329-2013.

El patriarcado como arma de guerra: una reflexión sobre la violencia sexual en conflicto

Eulalia Pascual Lagunas*

Resumen

Silenciados durante siglos o enmascarados bajo eufemismos como el de "delitos contra el honor", los delitos de violencia sexual en conflictos armados alcanzan hoy extremos alarmantes. Esta invisibilización pese a la gravedad de dichos crímenes y las consecuencias que provocan no solo en sus víctimas directas, sino en sus familias y comunidades, está obviamente relacionada con la discriminación que sufre la mujer, y, también, con el enorme tabú que rodea todo lo sexual. Desde la perspectiva del tiempo transcurrido desde la configuración jurídica de estos delitos como crímenes de guerra y de lesa humanidad en los tribunales *ad hoc* de Ruanda y de la ex-Yugoeslavia, y de forma definitiva en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se impone una reflexión crítica sobre dicha configuración y sobre si, desde la perspectiva de las víctimas, la praxis relativa a estos crímenes ha sido la adecuada.

* Miembro de la Comisión de Justicia Penal Internacional del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, funcionaria del Ministerio de Justicia y Presidenta de la Asociación de Naciones Unidas de España. Es investigadora en materia de justicia penal internacional.

Palabras clave: género, violencia sexual, derecho penal internacional, justicia restaurativa.

Abstract

Silenced during centuries or masked behind euphemisms like "honor crimes", sex crimes attain today alarming figures. The purposed silencing of this crimes despite their seriousness and the terrible consequences on the victims and their communities, are obviously related to gender discrimination and the taboo that surrounds feminine sexuality. From the perspective given by the time since this crimes were legally recongnized in *ad hoc* courts of Rwanda and Ex-Yugoeslavia and finally in the Rome Estatute of the ICC, a reflexion on the achievements of international justice on the prosecution of sex violence in conflicts have meet the standards of protection and legal redress for the victims.

Keywords: gender, sex crimes, legal redress, international criminal justice.

Introducción

Pese a que en la actualidad los crímenes de violencia sexual están configurados en el derecho penal internacional, experiencias recientes como los casos Bemba, o Gbagbo ante la Corte Penal Internacional o el proceso mismo de paz en Colombia nos muestran que las mujeres siguen siendo las víctimas más desamparadas de los conflictos y, en particular, respecto a estos delitos. Sin embargo, como señala Margaret de Guzmán, "los crímenes internacionales de violencia sexual frecuentemente causan mucho más daño que los asesinatos"[1]. Un daño que, aparte del que sufre la víctima, se produce porque existe un efecto destructor de las comunidades en las que las mujeres son fundamentales como cuidadoras, reproductoras

[1] Margaret M. Guzmán, "An expressive Rationales for the Thematic prosecution of Sex Crimes", *Temple Research Paper Series. Research Paper. 2012-41. Fichl. Publication Series n.º 13* (2012): 18. Editado por Morten Bergsmo. Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012. Social Science Research Network Electronic paper Collection. http:// papers.sol3/papers-cfm? Abstract_id =2087656.

y difusoras de valores. Así lo constata la sentencia de la Corte Especial de Sierra Leona:

> En opinión de esta Sala, [el grupo de los procesados] infligió un dolor físico y psicológico que trasciende de las víctimas individuales y sus familiares a la sociedad entera. Estos actos de violencia sexual dejaron a muchas mujeres mutiladas de por vida y en consecuencia, destruyeron a las portadoras de futuras generaciones. La Sala determina que los crímenes de violencia sexual erosionan la fibra moral de la sociedad[2].

Por otra parte, la incidencia de estos crímenes en el proceso de paz es fundamental, puesto que las mujeres son, básicamente, las grandes restauradoras, el eje de cohesión y de reconstrucción de dichas comunidades después del conflicto porque tienen una especial resiliencia y capacidad de recuperación, porque están arraigadas en lo cotidiano, y luchan por sobreponerse al sufrimiento para reconstruir la vida de su familia, de sus hijos, y de su comunidad.

1. Configuración jurídica de los crímenes de violencia sexual: sexo, género y el bien jurídico protegido

¿De qué hablamos cuando nos referimos a crímenes de violencia sexual? ¿Hablamos de sexo o de género como rol estructural que genera y perpetúa este tipo de violencia? El término "sexual" puede resultar engañoso en cuanto al propósito de muchos de estos crímenes y por ello es necesario reflexionar sobre cuál es el bien o bienes jurídicos vulnerados por la violencia sexual.

Kiersnbaum[3] define el bien jurídico protegido como "interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico" y le atribuye las siguientes características: "Se trata

---

[2] Corte Especial de Sierra Leona, *Caso Prosecutor c/ Sesay et al.* (Ruf Case), sentencia de 8 de abril de 2009, pará. 135.

[3] Mariano Kierszenbaum, "El bien jurídiico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", *Lecciones y Ensayos 86* (2009): 187-211. www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07_ensayo-kierzbaum.pdf

de intereses vitales que preexisten al ordenamiento normativo pues tales intereses no son creados por el derecho sino que el derecho los reconoce". En los crímenes de naturaleza sexual, el bien jurídico protegido es la integridad sexual, la libertad sexual y la intimidad de la persona, siendo la sexualidad el ámbito más vulnerable de esa intimidad, la cual a su vez es un derecho integrante de la dignidad de todo ser humano.

Pero incluso en el ámbito del derecho penal ordinario, el sexo, en el contexto de estos crímenes, es instrumental. En el caso de la violencia sexual en conflicto esto resulta aún más claro: la violación es una arma de guerra, porque detrás de cada violación hay un mensaje dirigido a los hombres relacionados con las mujeres violadas y un propósito: la destrucción de las comunidades de donde proceden. En un conflicto armado, la violencia se instrumentaliza a través del sexo para torturar, asesinar, esclavizar o desestabilizar psicológicamente a una persona. También puede adoptar la forma de un crimen colectivo para exterminar a una comunidad como en el caso de la violencia sexual como genocidio, o convertirse en arma de guerra para humillar y desmoralizar a los combatientes masculinos enemigos.

Para abordar las características de estos crímenes, es fundamental examinar su relación con los roles estructurales de género ya que, como señala West[4], "violencia basada en el género", "violencia sexual" y "violencia contra las mujeres" son términos que se usan frecuentemente y son intercambiables en literatura, pero la violencia sexual es una forma específica de "violencia contra las mujeres"[5].

Esta confusión sexo/género, en la que incurre también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no debe desviar la atención de que la razón última de estos delitos es la construcción social del género

---

[4] James West, "Rethinking Representations of Sexual and Gender Based Violence: A Case Study of the Liberian Truth and reconciliation Comission", *Journal of International Women's Studies* 14, n.º 4. *New Writtings in Feminist and Women's Studies: Winning and Short-Listed Entries from the 2012*. Feminist and women's studies Association's Annual Student Essay Competion, 109-113 .Vc-bridgew.ed./jws/vol14/iss4/9/

[5] Me referiré solo a la violencia sexual contra las mujeres por ser, estadísticamente, la más frecuente en los conflictos armados. Y porque, en cierta forma, la violencia sexual contra los hombres se basa en los mismos parámetros de poder y roles de género que la que se inflige a las mujeres.

y el estigma que sobre la sexualidad femenina permanece anclado en las sociedades patriarcales. En crímenes que son calificados de carácter sexual como la violación efectuada con objetos, la desnudez en público, los abusos públicos entre prisioneros, el sexo es claramente instrumental y lo es precisamente porque, como señala María Olubjic, "las violaciones durante la guerra en la antigua Yugoeslavia no hubieran sido un arma de tortura y terror tan efectiva a no ser por los conceptos de honor, vergüenza y sexualidad que están asociados a las mujeres en tiempo de paz"[6].

Como afirma Carol Cohn[7],

> las vulnerabilidades de las mujeres, como las de los hombres, no pueden ser entendidas sin un análisis de género a múltiples niveles […] cuando se entiende que el género es una forma de organizar el acceso diferenciado al poder, los recursos y la autoridad queda claro que no puede entenderse o cambiarse ningún aspecto de su impacto en la guerra o incluso la propia guerra sin un análisis de género […] los roles y las divisiones del trabajo de género como recoger leña o agua las [a las mujeres] hace más vulnerables y el cuidar enfermos, niños o ancianos les impide huir rápidamente.

Cohn afirma también que "los análisis sobre la violencia sexual descontrolada que tiene lugar en una comunidad concreta, requieren del rastreo de los contextos previos de las relaciones de género entre hombres y mujeres en esa comunidad y de las maneras en que se expresan y se definen la masculinidad y la feminidad en los períodos precedentes".

Los roles de género influyen también en los crímenes de violencia sexual en conflicto que tendrían como único fin la satisfacción sexual, ya sea de un individuo o individuos concretos como es el caso de las llamadas las *bush wifes* o esposas de la selva (crimen de esclavitud sexual, matrimonio forzado o esclavitud doméstica) o de toda la tropa como

---

[6] María B. Olujic, "Embodiment of Terror. Gendered Violence in peacetime and wartime in Croatia and Bosnia Hercegovina", *Medical Antrhropology Quarterly* 1, n.º 12 (marzo, 1998): 32-33.

[7] Carol Cohn, *Las mujeres y las guerras*, vol. 8. Colección Paz y Seguridad, (Institut Catala Internacional per la Pau, 2015), 74-76.

en el caso de las *comfort women* reclutadas a la fuerza para mantener al Ejército japonés tranquilo y satisfecho (crimen de prostitución sexual). Como señala también Cohn:

> Si los significados de género prevalentes incluyen construcciones de la sexualidad masculina como heterosexual y como una fuerza arrolladora que de manera natural debe tener salida, y esto se combina con una visión de las mujeres como un objeto de deseo más que sujetos en sí mismas es más fácil para los hombres sentirse legitimados al cometer actos de violencia sexual[8].

2. Reflexión sobre la configuración de algunos de los crímenes de violencia sexual en conflicto

Es sintomático de la complejidad de estos crímenes y de toda la carga simbólica y social que llevan aparejados, que hasta que los tribunales especiales de la ex-Yugoeslavia y de Ruanda no empezaron su andadura no existía ninguna definición jurídica de dichos crímenes y que incluso ambos tribunales se enzarzaran en una jurisprudencia contradictoria respecto de requisitos del tipo tan básicos como el consentimiento en la violación. En el caso Furundija, en su párrafo 175, el Tribunal manifiesta que no existe ninguna definición de violación en el derecho internacional, aunque sí está contemplada en el art. 27 de la IV Convención de Ginebra, en el art. 76(1) de su Protocolo I y en el art. 4(2)e) de su Protocolo II.

Con respecto a la definición de violación, hubo dos líneas opuestas en el caso Furundija[9] y en el caso Akayesu, en el que el Tribunal Internacional para Ruanda adopta un enfoque, que es el mayoritariamente aceptado en derecho penal internacional[10]: concretamente, respecto al tema del consentimiento, el Tribunal estimó que las circunstancias de

---

[8] Cohn, *Las mujeres y las guerras*, 77.

[9] The Prosecutor v/Anton Furundija. IT-95-17/1-T, (diciembre 10, 1998), parrfs. 175 y ss.

[10] Eulalia Pascual Lagunas, "La violencia sexual en los conflictos armados: una reflexión crítica sobre su configuración jurídica, jurisprudencial y doctrinal", (Ph.D. Universitat Autónoma de Barcelona, 2017), 331-379.

temor y coacción psicológica que comporta una situación de conflicto anulan cualquier presunción de consentimiento.

Como hemos señalado, estos crímenes son muy complejos, lo que hace especialmente difícil la tarea de juzgarlos. En este trabajo, vamos a analizar cuatro de los crímenes que plantean una definición más problemática.

La esclavitud sexual, el matrimonio forzado, la esclavitud doméstica y la prostitución forzada son crímenes que aún hoy no han quedado claramente definidos, pues sus contornos se confunden y, además, frecuentemente coexisten. La esclavitud sexual, por ejemplo, suele ir aparejada a la esclavitud doméstica y a una apariencia de matrimonio en el que la mujer asume todos los deberes y obligaciones que se dan en una unión conyugal.

2.1. Esclavitud sexual

La esclavitud sexual de prisioneras, de larga tradición histórica, ha cobrado fuerza en los medios de comunicación con la venta de mujeres yazidis por los terroristas islámicos. El Estatuto de Roma es el primer tratado internacional que define la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra (art. 1) g)-2 y 8.2)b)xxii)2 de los Elementos de los Crímenes), si bien ya se había hecho mención de la misma en el Convenio de Viena[11].

El crimen de esclavitud sexual es, como señala Valentín Bou, "el que más problemas ha presentado en su aplicación práctica"[12]. La complejidad del crimen se reconoce expresamente en los Elementos de los Crímenes, ya que el art.7 1)g)-2 de lesa humanidad de esclavitud sexual incluye insólitamente una nota explicativa a pie de página en la que se indica que "dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común". En el Estatuto de Roma, se enumeran una serie de conductas que el perpetrador ejerce

---

[11] Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena. Aprobado en 25 de junio de 1993.

[12] Valentín Bou Franch, "El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los matrimonios forzados", *Anuario Español de Derecho Internacional*. Revista del Departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, 31 (2015): Roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54306/108788.pdf?sequence=1.

sobre la víctima, definidoras de los "atributos de derecho de propiedad", tales como vender, prestar o intercambiar.

Lo que certifica la condición de esclavo es la cosificación de la persona, que se convierte en un objeto o mercancía (ver caso TPIY Kunarac)[13]. Para Gay J. McDougall[14], que tomó como base el Convenio sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 para establecer una definición de este delito, la esclavitud sexual integra los elementos que, según el Convenio, definen la esclavitud: "el término sexual se utiliza […] como adjetivo *para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto*. A todos los efectos y en todas las circunstancias, la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud". David Weissbrodt señala que "el concepto de esclavitud sexual guarda estrecha relación con el de prostitución forzosa, pero es una forma distinta de explotación sexual. En la esclavitud sexual no tiene que haber lucro" [15].

El carácter sexual del crimen se expresa en los Elementos de los Crímenes de la CPI de la siguiente forma: "Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual". No se define la naturaleza de dichos actos, por lo que se puede inferir que el artículo no los restringe a la violación. Tampoco se dice en el artículo que los actos sexuales deban haberse realizado con la persona que retenía cautivas a las víctimas, sino que pueden haberse realizado con un tercero o terceros. De manera que la norma puede interpretarse de forma muy amplia.

Otro de los elementos del crimen de esclavitud sexual es, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes, la imposición "de algún tipo similar de privación de libertad". Este es un tema espinoso, como el del consentimiento en la violación. Como señala Valentín Bou, la privación de libertad puede ser más psicológica que física pero coarta de igual forma:

---

[13] The Prosecutor v/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic. IT.96-23-t&IT.96-23/1-T. 22. Febrero, 2001.

[14] Gay. J. Mc Dougall. *Informe final sobre formas contemporáneas de esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las práctica análogas a la esclavitud en tiempos de conflictos armado*. E/CN.4/Sub.2/1998. Comisión de derechos Humanos. Junio 22, 1998.

[15] David Weissbrodt, *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, (Naciones Unidas. Liga Contra la Esclavitud. Dir. Michael Dottridge). www.ochr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf.

> algunas situaciones que se dieron durante los conflictos armados de Bosnia y Hercegovina y Ruanda, en las que se abusó sexualmente de diversas mujeres sin tenerlas encerradas en ningún lugar concreto, con lo que, al menos en teoría, eran libres de marcharse. Sin embargo, en la práctica quedaron privadas de libertad, dado que no tenían ningún sitio a donde ir, padeciendo además, un gran temor a perder sus vidas, lo que muy probablemente hubiera ocurrido en caso de ejercer su libertad de marcharse[16].

2.2. Matrimonio forzado y esclavitud doméstica

En la Convención sobre la Esclavitud de 1956, en la que se incluyen referencias explícitas a las formas de esclavitud que afectan a las mujeres y, concretamente, en su art. 1 se define como institución análoga a la esclavitud, los matrimonios impuestos, induciendo a una persona "a enajenar su libertad". Se considera también delito "la tentativa de cometer estos actos, la complicidad en ellos o el acuerdo para ejecutarlos".

James West, en relación con el matrimonio forzado, señala que "los abusos conceptuados como matrimonio forzado van desde secuestro y violación a esclavitud doméstica y sexual y se han descrito como el fenómeno '*bush wife*'. Como resultado el matrimonio forzado se ha utilizado para describir un amplio espectro de prácticas y abusos"[17]. La CPI no clarifica el tema aunque, como señala Franch, "la concepción latente en esta jurisprudencia es, en definitiva, que la práctica de los matrimonios forzados es más amplia, en los elementos criminales que la definen, que el crimen de esclavitud sexual".

Como hemos señalado, la esclavitud sexual va generalmente ligada a la esclavitud doméstica. Las denominadas *bush wifes* suelen ser reclutadas como sirvientes y, como afirmaba un testigo del caso Ntaganda, "para

---

[16] Franch Valentín, *El crimen internacional de esclavitud sexual y los matrimonios forzados*, 75.

[17] James West, "Rethinking representations of sexual and gender based violence. A case study of the Liberian Truth Comisssion", *Journal of International Woman's Studies* 14, n.º 4. "New writtings in Feminist And Woman's studies: Winning and Shord Listed Entries from the 2012 Feminist and Woman's Studies association Annual Student Essay Competition. Art. 14. (Massachussets: Bridgewater University), 113. http://vc.bridgew.edu/jiws/vol.14/iss4/9.

proveer servicios de cocina y sexo combinados"[18]. Como muy acertadamente señala West, "el problema que surge al reducir el matrimonio forzado a un crimen predominantemente sexual es que restringe de nuevo el papel de la mujer exclusivamente como víctima de abusos sexuales y minusvalora otras funciones del matrimonio forzado"[19].

En el caso Sepur Zarco[20] actuaron dos juezas y en una sentencia pionera condenaron a 120 y 240 años de prisión a líderes del Ejército por violencia sexual, esclavitud sexual y doméstica contra un grupo de mujeres indígenas. En la página 491, la sentencia describe vívidamente la humillación de la esclavitud doméstica: "Y no contentos con la violación sexual, degradarlas mediante trato humillante, obligándolas a trabajar en forma forzada, en la elaboración de alimentos y lavado de ropa, sin recibir ningún pago por el trabajo que realizaban". Es decir, que la esclavitud doméstica integra plenamente los elementos del trabajo forzado y del trato inhumano y degradante.

2.3. Prostitución forzosa

Entre los crímenes de agresión sexual en conflicto hay algunos que son específicamente femeninos. Tanto hombres como mujeres están expuestos a las mismas violencias (torturas, torturas sexuales, asesinatos, mutilaciones, hambruna, trabajos forzados). Las mujeres, no obstante, están sujetas a agresiones específicamente femeninas, como embarazos o abortos forzados. Uno de estos crímenes es el de prostitución forzada, que si bien puede caber la masculina es casi exclusivamente femenina.

La esclavitud sexual y la prostitución forzada tienen elementos concomitantes, sin embargo, existen unas diferencias fundamentales. El art. 7.1) g-2 y 3 de los Elementos de los Crímenes en la CPI señala como uno de los elementos que el autor haya hecho que una o más personas realizaran actos de naturaleza sexual bajo coacción, entendiendo la coacción de forma

---

[18] ICC-01/04-02/06. Confirmation Decision. https://www.icc.cpi.int./CourtRecords/CR2014.04750.PDF.

[19] James West, *Rethinking representations of sexual and gender based violence. A case study of the Liberian Truth Comisssion*, 113 y 114.

[20] Tribunal de Mayor Riesgo, Guatemala, Caso Sepur Zarco, Sentencia C-01076-2012. 00021. Of. 2.ª 486.

amplia. Si en la esclavitud sexual el elemento distintivo es el de que el perpetrador haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad, en la prostitución forzada el elemento que la define es el ánimo de lucro, "que el autor u otra persona hayan obtenido o esperaran obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos". Los límites que diferencian un crimen de otro son muy subjetivos y pueden coincidir el ánimo de lucro con el ejercicio del derecho de propiedad al igual que en el caso de la esclavitud sexual, normalmente además existe esclavitud doméstica.

3. Una reflexión sobre la violencia sexual como tortura

Con la perspectiva que nos da el tiempo transcurrido desde que se juzgaron por primera vez estos crímenes en los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoeslavia, de Ruanda, en la Corte Penal Internacional y en recientes procesos de paz como el de Colombia, se impone una reflexión sobre la posibilidad de calificar algunos de estos crímenes, en especial la violación, como formas específicas de tortura.

Tanto el TPIY como el TPIR consideraron las agresiones sexuales como lesiones graves a la integridad física o mental de las víctimas en los casos Akayesu, Musema, Furundzija, Delić y otros. En el caso Furundija[21], en su párrafo 162, el Tribunal definía los elementos de la tortura:

- consiste en infligir un dolor severo o un sufrimiento físico o mental,
- el acto debe ser intencional,
- debe tener por objetivo obtener una información o una confesión o imponer un castigo. Humillar, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona.

Puesto que en la violación se cumplen todos estos requisitos, queda claro que se trata de un método de tortura, y así lo reconoce expresamente el TPIY en el caso Furundija. "[Lo ocurrido] señala al acusado como perpetrador directo al cometer los crímenes de tortura y de atentados contra la dignidad personal *incluida la violación*". También la reconoce como una

[21] The Prosecutor v/ Anto Furundija.

forma de tortura el TEDH en el caso Aydin c/ Turquía: "La violación deja profundas heridas en la víctima que no se atenúan con el paso del tiempo como otras formas de violencia mental o física"[22].

Asimismo, en el caso del TPIY[23] contra Delalič y otros, el Tribunal afirmó que la violencia sexual puede considerarse tortura y emplearse con el mismo fin: "El propósito de las violaciones cometidas por Hazim Delic fue el de obtener información sobre el paradero del esposo de la víctima que estaba considerado un rebelde; para castigarla por su incapacidad para facilitar información sobre su esposo; para coaccionarla e intimidarla a fin de obtener dicha información; y para castigarla por los actos de su esposo".

Por su parte, la Sentencia del caso Akayesu[24] en su párrafo 504 considera que según el art. 2(2)(b) de su Estatuto, entiende que el "daño mental o físico grave es un acto de tortura". Y, en su párrafo 687, en referencia a la violación, el Tribunal manifiesta: "Como la tortura, la violación se usa con el propósito de intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona. Como la tortura, la violación es una vulneración de la dignidad persona y constituye tortura cuando se inflige por instigación de un funcionario público o de alguien que actúa como tal".

Es decir que el *elemento diferencial entre la tortura y la violación es la mecánica utilizada para infligir el sufrimiento*. Como señalaba María B. Olujic, la violencia sexual fue utilizada como arma "de tortura y terror"[25]. También es importante señalar que ambos crímenes, violación y tortura, no deberían excluirse entre sí ya que, por ejemplo, la introducción general de los Elementos de los Crímenes de la CPI, en su párrafo 9 establece que una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes.

---

[22] Caso Aydin c/ Turquía. 57/1996/676/866, párr. 83, hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR.

[23] Prosecutor v/ Zenic Delalič, Zdravko Mucic, Hazm Delič y Esan Landzo. TPIY (noviembre 16, 1998), párr. 346.

[24] Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. TPIR. ICTR-96-4-T. (diciembre 2, 1998), párrs. 504 y 687.

[25] María B. Olujic, *Embodiment of terror. Gendered Violence in peace time and wartime in Croatia and Bosnia Hercegovina*.

El considerar la violación y otros crímenes sexuales como tortura haría más sencillo incluirlos en los procesos de justicia posconflicto y resolvería el problema de estigmatización de las víctimas de este tipo de violencia.

4. Cambios de paradigma en el concepto de víctima

Hay entornos, y los conflictos y las guerras son el entorno paradigmático, en los que solo se puede ser héroe, mártir o traidor. Sin embargo, los roles patriarcales están tan rígidamente diseñados que esto solo es cierto en relación con los hombres. Pese a los numerosos casos de mujeres que han combatido como guerreras, guerrilleras o militares, luchado en la Resistencia, actuado como espías o protagonizado actos de heroísmo, la imaginación colectiva solo es capaz de verlas como víctimas y ello tiene un reflejo claro en las normas internacionales sobre mujeres y guerra. Ese también es el enfoque en el derecho penal internacional.

No fue hasta que las mujeres alcanzaron su cuota de poder en los ámbitos internacionales, a través de asociaciones u ostentando cargos de prestigio en los ámbitos jurídicos, que empezó la persecución de los crímenes sexuales en la guerra. Además, la reivindicación de los *lobbies* feministas, como era lógico, se centró en luchar por el reconocimiento de los sufrimientos, vejaciones y violencia sufrida por las mujeres en los conflictos y fuera de ellos. Esta estrategia ha dado sus frutos pero también tiene sus inconvenientes: muchas de las que lucharon por ese reconocimiento insisten en lo injusto de un planteamiento que señala a la mujer como víctima, como identidad única, pero *ni reconoce ni combate la causa de que lo sea*. Las mujeres no son víctimas porque sean especialmente vulnerables o frágiles. Lo son porque las estructuras sociales las discriminan, incapacitan, debilitan, objetivizan y les impiden desarrollar su pleno potencial como seres humanos: las guerras exacerban esta indefensión estructural.

En definitiva, *el papel de víctima es un rol construido socialmente mediante estereotipos que, a la vez, se convierten en realidad por la acción de estas mismas estructuras patriarcales*. Y en ningún lugar se agudizan esos roles más que en una guerra: la imaginería de la guerra está concebida como un ámbito de profunda discriminación de género que propicia la imagen de la mujer como víctima: la acción se reduce al combate mientras que la gestión de la retaguardia, asignada a la mujer, se percibe como una debilidad, una no acción, es decir, establece a la mujer como una víctima propiciatoria.

Desgraciadamente, sin embargo, la tan pregonada asociación de la paz con características "femeninas" tampoco implica en absoluto que se le dé un protagonismo en las negociaciones de paz. De esta forma, la mujer siempre es confinada a un rol pasivo, concebida como vulnerable y destinataria de ayuda, pero nunca como protagonista.

Rechazar el modelo de víctima como único rol posible de la mujer en las guerras es necesario sobre todo para reclamar el protagonismo que recomendaban las Resoluciones de Naciones Unidas sobre Mujer, Paz y Seguridad. Pero no reconocer la realidad que las hace vulnerables es un camino equivocado.

5. Una justicia restaurativa con visión de género

Es difícil desde una perspectiva académica valorar la enormidad del sufrimiento que causa la violencia sexual. Como coorganizadora de unas Jornadas sobre la Resolución 1325 de Naciones Unidas organizadas por el Instituto Internacional Catalán por la Paz (ICIP) en junio 2015, tuve la ocasión de hablar con una activista de la República Democrática del Congo que atendía a mujeres violadas. Me relató que algunas mujeres no podían soportar la vista de un hombre y que, cuando llegaban los camiones para repartir alimentos a los refugiados, ellas preferían pasar hambre "antes que ver a los hombres que repartían los paquetes y recibir algo de sus manos". Según un reportaje de TRIAL[26] realizado con profesionales que atendían a víctimas de violencia sexual, "las víctimas se sienten degradadas, cosificadas y deshumanizadas". El trauma de la violencia sexual no se limita a la violencia física sino que vulnera a las víctimas en su dignidad, autoestima y en su voluntad de vivir, y condiciona todo su futuro y el de sus familias. El problema es que la justicia internacional, penal o transaccional, es aún predominantemente de tipo retributivista y, en segundo lugar, que aun siendo restaurativa no tiene una visión transversal de género. Sin él solo existe una solución cortoplacista y limitada que no hace justicia a las mujeres ni mejora su vida y la de sus familias y comunidades.

---

[26] "Violences sexuelles: ces professionelles qui travaillent aux cotés des victimes", 10-11. https://trialinternational.org/fr/latest-post/violences-sexuelles-ces-professionnelles-qui-travaillent-aux-cotes-des-victimes/ (enero 2017, Ginebra Suiza).

5.1. ¿Qué delito es más grave? Los límites de una justicia retributiva sin visión de género

Como hemos visto a lo largo de este trabajo las secuelas de los delitos de violencia sexual para las víctimas y sus comunidades pueden ser devastadoras. Sin embargo, como explica Guzmán[27] la justicia penal internacional sigue manteniendo básicamente un enfoque retributivista que se limita a investigar los hechos, a individualizar a uno o varios culpables, reunir pruebas y, pese a los esfuerzos realizados, a seguir viendo a las víctimas desde un prisma utilitarista, para aclarar y demostrar los hechos con vista a la condena o no de los encausados. Lo grave de este enfoque, continua Guzmán, es que

> como los retributivistas tienden a creer que todos los crímenes deben ser castigados en función del daño, existen pocas teorías sobre como las teorías retributivas influyen en la selección de cuáles son los crímenes [que los fiscales deben priorizar]… y como se focalizan en el daño causado por el perpetrador, la cuestión es si la persona que comete una violación es más o menos merecedor de castigo que el que comete un asesinato en un contexto similar, es decir un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad o un propósito de genocidio[28].

En general, como observa Guzmán, el asesinato se considera más grave que la violación y así ha quedado plasmado en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y también en la de la CPI.

Las fiscalías de los tribunales internacionales han tenido dificultades en enfocar los crímenes sexuales en su importancia real, y además se han enfrentado con las dificultades específicas que comportan estos crímenes en cuanto a los testimonios, las pruebas y la identificación de los perpetradores cuando no a las mismas complejidades de los propios crímenes. Y como consecuencia, el resultado ha sido no solo las pocas condenas efectivas por ejemplo en la CPI, sino, en general, la falta de una justicia

---

[27] Margarita Guzmán. An expressive rationales for the thematic prosecution of sex crimes, 2.

[28] Ibíd.

restauradora real y efectiva para las mujeres víctimas de violencia sexual que no es posible sin un enfoque específico de género. Como hemos señalado, los crímenes de violencia sexual tienen consecuencias que inciden sobre tiempos futuros que van más allá de la propia víctima y afectan a sus comunidades y a la propia reconstrucción de la paz

5.2. Un concepto de daño en femenino

Para determinar las indemnizaciones y otras medidas restaurativas, el derecho penal debe evaluar el daño sufrido: para ello los psicólogos y profesionales de la medicina estudian además de los daños físicos, el trauma emocional y mental causado. ¿Pero es el mismo trauma el que sufre un hombre que el que sufre una mujer en las mismas circunstancias? Sus efectos ¿son los mismos en su vida posterior? Partiendo de las profundas desigualdades de la sociedad, ¿cómo podemos equiparar el impacto de la violencia en unos y otras? La tan cacareada mayor resiliencia de las mujeres, indiscutiblemente cierta, ¿es una excusa para minusvalorar su trauma? Como señala Guzmán[29], "el concepto de trauma está poco desarrollado y el daño a las mujeres se comprende muy poco. El sufrimiento femenino tiene características diferentes que han sido ignoradas. Como señala Alejandra Azuero, "ya en los años 1990 las feministas lucharon por revertir la invisibilidad de la experiencia de las mujeres en las políticas de salud y en el derecho penal"[30].

El trauma de las mujeres es particularmente grave en sociedades en las que la vida de la mujer está minusvalorada. Allí donde las mujeres están marginadas, sus experiencias traumáticas pueden agravarse. En particular, las mujeres que sufren delitos sexuales pueden sentir vergüenza y humillación que agrava su trauma físico y psicológico. Retomando la famosa frase "algo peor que la muerte" de las novelas decimonónicas, podríamos decir que en el caso de estas mujeres haber sufrido violencia

---

[29] Ibíd.

[30] Alejandra Azuero Quijano, "Science and International Thematic Prosecutiuon of Sex Crimes: a Tale of Reessentialization". Scholar.harvard.edu/files/aoejandraazueroquijano/files/aaq-science-and-international-prosecution-of-sex-crimes.pdf?m=1385396545. Thematic Prosecution of International Sex Crimes. Beijing, China: Torkel Opsahl Academic Epublisher (2012): 251-290.

sexual les impone una vida de ostracismo y rechazo que, efectivamente, es una muerte en vida. Los testimonios recogidos por médicos y psicólogos que atienden a las víctimas de la violencia sexual en la antigua Yugoeslavia también son claros: las víctimas sufren violencia doméstica en razón de la violencia sexual sufrida durante el conflicto. Branka Antic, terapeuta en una asociación de ayuda a las víctimas, afirma que el 90% de las víctimas de violencia doméstica fueron víctimas de violencia sexual: "los hombres a menudo son incapaces de asumir el hecho de que sus mujeres pertenecieran a otro aunque fuera en un acto de violencia"[31].

Lo que se evidencia es que el trauma sufrido y las secuelas físicas o psicológicas derivadas de la agresión no solo tienen características específicas por el hecho de sufrirlas una mujer, sino que derivan en un trauma subsidiario que se prolonga a lo largo de toda su vida debido a los roles estereotipados de género y a la concepción de la sexualidad que imponen. Pese a ello, y como una forma más de discriminación, *la medicina y la técnica médico-forense no han indagado ni ahondado en un concepto de daño femenino más allá de las especificidades biológicas*. Connor McCarthy, en relación con las reparaciones a las víctimas, señala que "las reparaciones y el apoyo a las víctimas en el Estatuto de Roma, es un término definido con referencia al concepto de 'daño'. Por ello, el concepto de 'daño' es fundamental en el régimen de reparaciones para las víctimas"[32]. Doris E. Buss constata que

> ciertos tipos de daño y categorías de víctimas se convierten en invisibles cuando se realiza el acto de definir y jerarquizar los crímenes. La categorización legal de los crímenes de guerra hace mucho más que reconocer como delito la causación de diferentes tipos de daño. Se trata de una "gramática del daño", un lenguaje

[31] Testimonio recogido en Domestic Violence Revives Bosnian Women's War Nightmares. www.balkaninsight.com/en/page/balka-transitional-justice-home

[32] Connor McCarthy, "Reparations and Vicitms Support in the International Criminal Court", *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, (Cambridge University Press, 2012), 6. www.cambridge.org

> mediante el cual el Tribunal puede identificar y los testigos relatar su experiencia del daño sufrido y legalmente reconocido[33].

Martín y Lirola, acerca de esta cuestión, afirman que

> no se trata sólo de que todas las víctimas de tales crímenes requieran una singular protección con independencia de su sexo, sino también de *tomar conciencia de que la victimización es sufrida de manera distinta por hombres y mujeres* […] que en el análisis de los crímenes de naturaleza sexual se tenga presente la forma diferente en que éstos son, en primer lugar cometidos y en segundo lugar sufridos por hombres y mujeres[34].

En relación con el daño sufrido por las víctimas de violencia sexual, sería tremendamente injusto evaluar objetivamente los daños físicos y psíquicos con el criterio escueto de las secuelas. "El daño sufrido por las víctimas", afirma Elizabeth Odio Benito, "no es sólo importante para la evaluación de las indemnizaciones, sino que debería ser un aspecto fundamental para que la Sala calificase los crímenes cometidos"[35].

6. Reparaciones con perspectiva de género

Para entender realmente en qué consiste una justicia restaurativa real con perspectiva de género, bastaría con leer detenidamente la sentencia del caso Sepur Zarco dictada en Guatemala. La dictaron dos magistradas. ¿Casualidad? Vamos a examinar brevemente estas reparaciones.

---

[33] Doris E. Buss, "Rethinking Rape as a Weapon of War", *Feminist Legal Studies* 17. Social Science Research Network. Carleton University Dpt.of Law. (April 2009): 145-163. http://papers.cfm?abstract_id=1373975.

[34] Magdalena M. Martín e Isabel Lirola, "Los crímenes de naturaleza sexual en el derecho internacional humanitario", *Informe 8 de 2013*, (Barcelona: Institut català Internacional per la Pau), 40.

[35] The Prosecutor v/Thomas Lubanga Dyllo. Opinión disidente de la juez Elizabeth Odio Benito, párrf. 8.

6.1. Indemnizaciones económicas

Como ya hemos señalado, las reparaciones económicas deben realizarse en función del daño y en el caso de las mujeres este rara vez se evalúa de manera correcta. Pero no solo deben establecerse por el daño efectivo: la Asamblea General de Naciones Unidas[36], en su Resolución 64/147, estableció los "principios y directrices básicos sobre el derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos y de Violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", y señala que la indemnización ha de concederse "por todos los perjuicios económicamente evaluables". Entre estos perjuicios se encuentra por supuesto el "lucro cesante" y la capacidad de rehacer un proyecto de vida. Sin embrago, si las mujeres no tienen acceso a la propiedad de la tierra o no han podido ejercer una actividad remunerada solo podrán cuantificarse estrictamente los daños físicos, psicológicos y morales. En pocos casos, se contempla la posibilidad de que las indemnizaciones económicas integren la proyección en el futuro de la víctima si esta no tiene una autonomía.

6.2. Medidas de atención médica y psicológica

Muchas víctimas de violencia sexual sufren secuelas físicas muy graves que van a necesitar atención médica prolongada. Por otra parte, debido a las desigualdades y discriminación que sufren las mujeres, tienen poco acceso a la justicia. La Resolución de Naciones Unidas antes citada incluye en las medidas de reparación atención médica y psicológica y también ayuda jurídica y social. En la sentencia del caso Sepur Zarco, estos extremos se resuelven de forma ejemplar: se obliga al Ministerio de Salud Pública a abrir un centro de salud en la comunidad afectada con todas las medicinas necesarias. Además, dispone la obligación para el Estado de crear en dichas comunidades centros públicos de educación.

---

[36] Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho Internacional humanitario. Resolución aprobada por la Asamblea general de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 en su 64º sesión. http://.www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.html.

6.3. El derecho a la verdad y el reconocimiento público a las víctimas

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre el Derecho a la Verdad en América[37] en el apartado 206 afirma que "la garantía del derecho a la verdad en sentido amplio" contribuye "al esclarecimiento y oficialización de las violaciones de derechos humanos como una medida de reparación para las víctimas y sus familiares *y de conmemoración y recuerdo para la sociedad en general*". El derecho a la verdad, en el verdadero sentido restaurativo del término, implica que los hechos, una vez demostrados, se hagan públicos y que las víctimas sean reconocidas como tales y su sufrimiento conocido. Aquí también es ejemplar la resolución del caso Sepur Zarco[38], en la cual, en el apartado XVII, se ordena al Ministerio de Educación "que en los Programas de Estudio y libros de texto se incluya lo relacionado con el caso de las mujeres de Sepur Zarco". Y, así mismo, en el apartado XVIII, "se ordena al Ministerio de Educación y al Ministerio de Cultura la elaboración de un documental que se refiera al caso de las mujeres de Sepur Zarco".

6.4. Garantía de no repetición

En un seminario realizado en Colombia[39], las mujeres deseaban "el derecho a no volver a la situación anterior: prevención de la violencia, paridad política y progreso social". Transformar la sociedad para garantizar que los hechos no vuelvan a ocurrir implica incidir mediante medidas legislativas en las desigualdades y discriminación que padecen las mujeres, en su falta de acceso a los medios económicos y a la educación. Es una responsabilidad institucional que incumbe a los Estados. En el caso Campo Algodonero contra México[40], la Corte afirma en el párrf. 390 que

---

[37] "Derecho a la verdad en América", Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. (agosto 13, 2014).

[38] Tribunal de Mayor Riesgo A. Caso Zepur Zarco, 510.

[39] Alejandra Miller Restrepo, Consuelo Arnaiz Pedroza, Socorro Corrales Carvajal, Silvia García, Olga Lucía Ramírez y Elena Grau, "La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano", coordinado por Marina Gallego Zapata, 14 y ss., (Bogotá: Ruta Pacífica de las Mujeres. Comisión de Verdad y Memoria de las Mujeres Colombianas, 2013).

[40] Caso Campo Algodonero c/ México. Corte Interamericana de Derechos Humanos (noviembre 16, 2009), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

"es esencial entender el vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación que la perpetúa […] entre otras condiciones de vulnerabilidad, los daños se amplían pues la impunidad creada y propiciada desde el Estado mexicano sustenta y legitima los patrones de discriminación y violencia contra las mujeres".

No es posible hacer justicia para las víctimas de la violencia sexual en conflicto si no los abordamos con una visión de género asumiendo su relación con los roles estructurales de patriarcado previos al conflicto, comprendiendo que el sexo es solo un instrumento con el fin de torturar, asesinar o cometer genocidio, y que las reparaciones implican también aplicar esta transversalidad de género y el compromiso del Estado de iniciar un proceso transformador de la sociedad que incluya leyes contra la discriminación, favorezca la incorporación de las mujeres a la propiedad de tierras y al mundo laboral, se comprometa a crear centros educacionales en las comunidades afectadas y reconozca el papel decisivo de las mujeres en la reconstrucción de la paz.

Bibliografía

Azuero Quijano, Alejandra. "Science and International Thematic Prosecutiuon of Sex Crimes: a Tale of Reessentialization". Scholar.harvard.edu/files/aoejandraazueroquijano/files/aaq-science-and-international-prosecution-of-sex-crimes.pdf?m=1385396545

Bou Franch, Valentín. "El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los matrimonios forzados". *Anuario Español de Derecho Internacional*. Revista del departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, n.º 31 (2015): Roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54306/108788.pdf?sequence=1.

Buss, Doris E. "Rethinking Rape as a Weapon of War". *Feminist Legal Studies* 17 (abril, 2009): 145-163. http://papers.cfm?abstract_id=1373975.

Cohn, Carol. *Las mujeres y las guerras*. Colección Paz y Seguridad, 8. Barcelona: Institut Catala Internacional per la Pau, 2015: 74-76.

Guzman, Margaret M. "An expressive Rationales for the Thematic prosecution of Sex Crimes", *Temple Research Paper Series. Research Paper. 2012-41. Fichl. Publication Series n.º 13* (2012). Editado por Morten

Bergsmo. Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012. Social Science Research Network Electronic paper Collection.

Corte Especial de Sierra Leona. *Caso Prosecutor c/ Sesay et al.* (RUF Case). Sentencia de 8 de Abril de 2009. Parágrafo 135.

Kierszenbaum, Mariano. "El bien jurídiico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual". *Lecciones y Ensayos* 86 (2009): 187-211. www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07_ensayo-kierzbaum.pdf

Olujic, María B. "Embodiment of Terror. Gendered Violence in peacetime and wartime in Croatia and Bosnia Hercegovina". *Medical Antrhropology Quarterly* 1, n.º 12 (marzo 1998): 32-33.

McCarthy, Connor. Reparations and Vicitms Support in the International Criminal Court. *Cambridge Studies in International and Comparative Law*. Ed Cambridge University Press, 2012. www.cambridge.org

Martin, Magdalena M. y Lirola, Isabel. "Los crímenes de naturaleza sexual en el derecho internacional humanitario". Informe 8 de 2013. Barcelona: Institut Catala Internacional per la Pau.

Miller Restrepo, Alejandra; Arnaiz, Consuelo; Corrales Carvajal, Socorro; García, Silvia; Ramírez, Olga Lucía y Grau, Elena. *La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano*, coordinado por Gallego Zapata, Marina. Bogotá: Ruta Pacífica de las Mujeres. Comisión de Verdad y Memoria de las Mujeres Colombianas, 2013.

Pascual Lagunas, Eulalia. "La violencia sexual en los conflictos armados: una reflexión crítica sobre su configuración jurídica, jurisprudencial y doctrinal". (*Ph.D*. Universitat Autónoma de Barcelona), 2017.

West, James. "Rethinking Representations of Sexual and Gender Based Violence: A Case Study of the Liberian Trth and reconciliation Comission". *Journal of International Women's Studies* 14, n.º 4. *New Writtings in Feminist and Women's Sutidies: Winning and Short-Listed Entries from the 2012*. Feminist and women's studies Associations Annual Student Essay Competion, 109-113. Vc-bridgew.ed./jws/vol14/iss4/9/

Weissbrodt, David. "La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas". Naciones Unidas. Liga Contra la Esclavitud. Michael Dottridge, www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf

Normas y convenios internacionales

Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena. Aprobado el 25 de junio de 1993.

Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, 16 de diciembre de 2005 en su 64º sesión. http://.www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.html.

Informes y relatorías

McDougall, Gay. J. *Informe final sobre formas contemporáneas de esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflicto armado*. E/CN.4/Sub.2/1998. Comisión de Derechos Humanos. Junio 22, 1998.

"Derecho a la verdad en América". Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. Agosto 13, 2014.

www.cidh.org

Jurisprudencia

The Prosecutor v/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic. IT.96-23-t&IT.96-23/1-T. 22. Febrero, 2001.

The Prosecutor v/ Anton Furundija. IT-95-17/1-T. Diciembre 10, 1998, párrfs. 175 y ss.

The Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. Opinión disidente de la juez Elizabeth Odio Benito. Párrf. 8.

ICC-01/04-02/06.Confirmation Decision. https://www.icc.cpi.int./CourtRecords/CR2014.04750.PDF

Tribunal de Mayor Riesgo, Guatemala. Caso Sepur Zarco. Sentencia C-01076-2012. 00021. Of. 2.ª 486.

Caso Aydin c/ Turquía. (57/1996/676/866). Párr. 83. hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR

Prosecutor v/ Zenic Delalič, Zdravko Mucic, Hazm Delič y Esan Landzo. TPIY. (Noviembre 16, 1998), párr. 346.

Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. TPIR. ICTR-96-4-T. 02/12/1998. Párrs. 504 y 687.

Caso Campo Algodonero c/ México. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Noviembre 16, 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Artículos

"Violences sexuelles: ces professionelles qui travaillent aux cotés des victimes". trialinternationa.org/fr/latestpost/violences-sexuelles-ces-prfessionelles-qui-travaillent-aux-cotes-des-victimes.

Domestic Violence Revives Bosnian Women's War Nightmares. Albina Sorguc Sarajevo BIRN, febrero 19, 2015. https://balkaninsight.com/2015/02/19/domestic-violence-revives-ex-prisoners-wartime-nightmares/

El derecho internacional aplicable a los ciberataques

Favio Farinella*

Resumen

La responsabilidad internacional del Estado continúa siendo una temática en construcción. De todas sus aristas, este artículo se interesa por ciertas consecuencias producidas por la intersección entre el uso de la fuerza y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La cuestión a conocer es la medida en que el derecho internacional es apto para responder las actividades ofensivas y defensivas ejecutadas mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación llamadas "ciberoperaciones". El objeto principal del presente artículo es analizar las dificultades planteadas en la interpretación y aplicación del derecho internacional a un tipo especial de ciberoperaciones: los "ciberataques". En lo específico, responderemos dos interrogantes: i) cuáles normas de derecho internacional general y particular son aplicables a los ciberataques; y ii) conocer los desafíos planteados por la posible aplicación del derecho internacional humanitario a este nuevo tipo de armamento.

* Profesor, investigador. Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP), UAI (Argentina). BSc. in International Relations and Politics, Universidad de Londres (Reino Unido).

Palabras clave: ciberataques, derecho internacional humanitario, neutralidad, distinción, objetivos legítimos.

Abstract

State responsibility at the international level continues to be a topic under construction. Of all its edges, this article tackles certain consequences produced by the intersection between the use of force and new information and communication technologies. The extent to which international law is able to deal with offensive and defensive activities that might imply the use of force through the use of new technologies is yet to be explored. An interrogant remains: to what extent International Law is able to give answers to offensive and defensive activities carried out through the new information and communication technologies called "cyber operations". This paper aims at analyzing certain difficulties raised from the interpretation and application of international law to a special type of cyber-operations: "cyber attacks". Specifically, we will answer two questions: i) which rules of international law —both general and particular— are applicable to cyberattacks; and ii) which are the challenges posed by the possible application of International Humanitarian Law to this new type of weaponry.

Keywords: cyberattacks, international humanitarian law, neutrality, distinction, legitimate targets.

Introducción

Todo sistema legal provee consecuencias frente a la violación de sus normas. El derecho internacional (DI, de aquí en adelante) no es la excepción. No obstante, constituye un conjunto de normas particulares, donde la voluntad de los Estados soberanos continúa siendo determinante al momento de brindar eficacia al derecho vigente. La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC, en adelante) viene planteando preguntas inéditas para el campo del derecho y de las relaciones internacionales. El DI posee normativa específica para los conflictos armados tanto internacionales como domésticos. Sin embargo, no existe consenso al momento, respecto de si el derecho internacional humanitario (DIH,

en adelante) puede ser aplicado total o parcialmente a los ciberataques, o bien si los mismos necesitan de normativa específica. Veamos.

El programa nuclear de Irán se detiene durante casi un año como consecuencia de un sofisticado ataque informático que provoca que las centrifugadoras de una planta nuclear giraran a una velocidad mayor de la debida. La población de Birmania sufre un ataque de "denegación de servicio distribuido" antes de las primeras elecciones nacionales en veinte años. Los habitantes de Estonia quedan desconectados del resto del mundo y sin servicios públicos por casi un mes como consecuencia de un ataque de igual tipo. El ejército chino organiza un ataque contra un sitio web de Falun Gong que tiene sede en Alabama, Estados Unidos[1].

Estas situaciones no se han escapado de guiones de películas, sino que pertenecen al mundo real y son ejemplos de ataques cibernéticos. ¿Qué normas deben aplicarse? Las consecuencias de este nuevo tipo de arma pueden ser simplemente virtuales, como la pérdida de información y contenidos o el espionaje, pero pueden igualmente afectar el mundo real, incluida la infraestructura crítica de los Estados, tal como un atentado terrorista de gran magnitud. La utilización de las NTIC con fines de agresión demanda nuevas respuestas a conceptos tradicionales del DI. En este artículo, proponemos debatir las interacciones jurídicas provocadas por los ciberataques. Analizamos la eventual aplicación a los ciberataques del DI general y de las reglas y principios del DIH, junto con los posibles inconvenientes que surgen.

Cuando la seguridad de las redes e Internet fallan, cobra importancia la conducta del agente provocador. Si el ataque es masivo y afecta a la población de un Estado a través de la degradación o prohibición del uso de servicios y contenidos gubernamentales o privados, posiblemente estemos frente a un ataque cibernético dirigido a atacar, explotar o defender una red informática[2]. Un "ciberataque" comprende todo tipo de ciberoperaciones que tengan por fin "interrumpir, negar, degradar o destruir la información

---

[1] Ver Oona A. Hathaway, Rebecca Crootof, Philip Levitz, Haley Nixv, Aileen Nowlan, William Perdue y Julia Spiegel, "The Law of Cyber-attack", *California Law Review* 100, n.º 4, (agosto, 2012): 817-885.

[2] EE.UU., Departamento de Defensa, The National Military Strategy for Cyberspace Operations, (2006).

residente en computadoras y redes informáticas o las computadoras y las redes en sí mismas"[3]. En suma, abarca todo esfuerzo realizado para alterar, desviar, degradar o destruir los sistemas operativos de las computadoras, redes o la información o programas existentes[4].

Todo ciberataque es conducido a través del ciberespacio y utilizando sus herramientas. Solo a modo de ejemplo, la infección de un sistema de redes de computadoras con un virus maligno podría constituir un ciberataque, como el caso del gusano Stuxnet, que penetró el sistema informático nuclear iraní. Los objetivos de este tipo peculiar de ataque pueden incluir el atentar contra la vida de personas o la funcionalidad de objetos que dependan de los sistemas de computación atacados. Tales son los casos de estaciones de energía, medios de transporte o personas conectadas a varios tipos de sistemas de soporte de vida médico, militar o profesional.

1. Normativa internacional y regional aplicable directamente a los ciberataques

La seguridad de la información ha formado parte del Programa de Naciones Unidas desde que Rusia presentó por primera vez en 1998 un proyecto de resolución en la Primera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas[5]. La Asamblea General de Naciones Unidas (NU, en adelante) ha dictado varias Resoluciones relativas a la ciberseguridad basadas en la agenda llamada "Desarrollos en el campo de la información y telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional"[6].

---

[3] Ibíd.

[4] Esta definición es utilizada por el Comité del Consejo de Investigación Nacional sobre Guerra de Información Ofensiva en Tecnología, Política, Derecho y Ética respecto de la adquisición y uso por parte de Estados Unidos de capacidades orientadas al ciberataque. Ver William A. Owens, Kenneth W. Dam y Herbert S. Lin (eds.), (2009), conocido como NRC Committee Report.

[5] AG ONU. Res. 53/70 (04/01/1999).

[6] Entre varias otras, pueden mencionarse AG Res. 58/32, UN Doc. A/RES/58/32 (8/12/2003); Res. 59/61, ONU Doc. A/RES/59/61 (3/12/2004); Res. 60/45, ONU Doc. A/RES/60/45 (6/01/2006); Res. 61/54, ONU Doc. A/RES/61/54 (19/12/2006); Res. 62/17, ONU Doc. A/RES/62/17 (8/01/2008); Res. 63/37, ONU Doc. A/RES/63/37 (9/01/2009); Res. 64/25, ONU Doc. A/RES/64/25 (14/01/2010); ONU Doc. A/69/112 (30/07/2014); ONU Doc. A/70/172 (22/07/2015), etc. Por ejemplo, la referida a la creación de una cultura global de seguridad cibernética y la protección de infraestructuras de información críticas AG Res. 58/199, ONU Doc. n.º A/RES/58/199 (30/01/2004);

En 2002, la Asamblea General pidió una mayor consideración y discusión de la seguridad de la información[7], solicitando un nuevo estudio de los problemas internacionales de seguridad de la información[8]. La Unión Internacional de Telecomunicaciones auspició la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información que tuvo lugar entre 2003 y 2005 y fue patrocinada por la ONU[9]. Es recientemente, en julio de 2010, cuando a instancias de la ONU se reúnen especialistas gubernamentales en ciberseguridad de varios Estados, incluidos Estados Unidos, China y Rusia. El resultado fue la presentación de una serie de Recomendaciones al secretario general de la ONU como

> "un primer paso hacia la creación del marco internacional para la seguridad y la estabilidad que requieren estas nuevas tecnologías"[10]. Las recomendaciones requieren "i) enfatizar el diálogo entre Estados […]; ii) decidir medidas que fomenten confianza, estabilidad y reducción de riesgos […] incluyendo intercambios de opiniones nacionales sobre el uso de NTIC en conflicto; iii) intercambiar información sobre la legislación nacional y las estrategias y tecnologías de seguridad y mejores prácticas nacionales en materia de NTIC; iv) identificar medidas de apoyo para Estados menos desarrollados; y v) elaborar términos y definiciones comunes.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN, en adelante) comenzó a interesarse en los ciberataques desde la situación vivida en 2007

---

y la referida a la creación de una cultura mundial de ciberseguridad y evaluación de los esfuerzos nacionales para proteger infraestructuras de información críticas AG Res. 64/211, ONU Doc. n.º A/RES/64/211 (17/03/2010).

[7] AG ONU, Res. 57/53, ONU Doc. A/RES/57/53 (30/12/2002).

[8] Ver otras resoluciones del mismo tenor de la AG Res. 58/32, para. 4; AG Res. 59/61, para. 4; AG Res. 60/45, para. 4; AG Res. 61/54, para 4; AG Res. 62/17, supra nota 171, para 4; G.A. Res. 63/37, supra nota 171, para 4; G.A. Res. 64/25.

[9] AG ONU, Res. 60/252, UN Doc. A/RES/60/252 (27/04/2006).

[10] Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, para. 4, ONU Doc. A/65/201 (30/07/2010).

en Estonia, a partir de la cual se evidencia la necesidad de contar con una "doctrina cibernética coherente y una estrategia cibernética integral"[11].

La Cumbre de Bucarest de 2008 constituye la primera reunión de la OTAN luego del incidente estonio y tuvo por resultado la creación de dos nuevas agencias centradas en los ataques cibernéticos: i) la Autoridad de Gestión de Defensa Cibernética, y ii) el Centro de Excelencia de Defensa Cibernética Cooperativa[12]. La primera centraliza las capacidades de defensa cibernética de los Estados miembros, poseyendo capacidades de monitoreo electrónico en tiempo real para identificar amenazas y compartir la inteligencia cibernética crítica en tiempo real. Su fin es convertirse eventualmente en una sala de guerra operativa para la defensa cibernética. A su vez, coordina el Consejo de Gestión de Ciberdefensa, del que forman parte los líderes de los comités político, militar, operacional y técnico de la OTAN con responsabilidades en ciberdefensa[13]. Por su parte, el Centro de Excelencia de Defensa Cibernética Cooperativa aspira a "avanzar en el desarrollo de la doctrina y estrategia de defensa cibernética de la OTAN a largo plazo"[14].

Conforme el sistema de seguridad colectiva establecido en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la OTAN, un ciberataque ejecutado contra un Estado miembro se considera como realizado contra todo el sistema. Así fue la respuesta esperada tras el incidente Estonio. A partir de distintas reuniones de los ministros de Defensa de la OTAN realizadas en el marco del Nuevo Concepto de Ciberdefensa de la Alianza tras los sucesos de Estonia[15], se aprueba en 2011 la Política de Ciberdefensa y un plan de acción

---

[11] Ver Rex B. Hughes, *NATO and Cyber Defence: Mission Accomplished?, Atlantisch Perspective* (abril, 2009). Consultado febrero 15, 2019, www.atlcom.nl/site/english/nieuws/wpcontent/Hughes.pdf.

[12] Hughes, supra nota 12. Igualmente, Scott J. Shackelford, "Estonia. Dos años y medio después: Informe de progreso en la lucha contra los ataques cibernéticos", *Journal Internet Law* 5. Consultado febrero 15, 2019, http://ssrn.com/abstract=1499849.

[13] El Consejo constituye el principal órgano de consulta de la OTAN en ciberdefensa y aconseja a los Estados miembros. La autoridad opera bajo la División de Desafíos Emergentes de Seguridad. Esta división comenzó a trabajar en agosto de 2010 y se centra en terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva, ciberdefensa y seguridad energética.

[14] Hughes, *NATO and Cyber Defence: Mission Accomplished?, Atlantisch Perspective*, nota 12.

[15] Ministerio de Defensa. Dirección General de Relaciones Internacionales. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento informativo del IEEE 09/2011. Nuevo concepto de ciberdefensa de la OTAN (marzo, 2011).

para su implementación[16]. Su objetivo principal consiste en defender las redes informáticas de los Estados Miembros de OTAN. La cooperación constituye uno de los pilares fundamentales para la Defensa de la OTAN frente a las ciberamenazas[17].

Una importante consecuencia del ciberataque sufrido por Estonia en 2007 es el Manual de Tallin sobre el derecho internacional aplicable a los ciberataques, verdadero ejemplo de *soft law*. Si bien no constituye un cuerpo normativo oficial de la OTAN, es una guía relevante para enfrentar situaciones que puedan plantearse en el ciberespacio. El mismo adapta normas internacionales sobre conflictos armados como la Declaración de San Petersburgo (1868) o las Convenciones de Ginebra (1949) al ciberespacio. Los autores del manual se autodenominaron Grupo Internacional de Expertos. Tres organizaciones estuvieron representadas por observadores durante todo el proceso: la OTAN, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comando Cibernético de Estados Unidos. Dicho manual constituye, en suma, el resultado de tres años de análisis de las normas internacionales que pueden aplicarse para combatir los ciberataques, siendo el primer cuerpo normativo sobre la cuestión[18], y representando un producto de investigación académica independiente.

El Consejo de Europa ha adoptado el enfoque más directo para regular una arista de la ciberseguridad: los delitos informáticos. Así, el Convenio sobre la ciberdelincuencia (2001) conocido como Convenio de Budapest fue el primer tratado internacional sobre delitos informáticos, y tiene por objeto consolidar "una política penal común dirigida a la protección de la sociedad contra los ciberdelitos" mediante la legislación y cooperación internacional[19]. Las figuras penales previstas están relacionadas con la

---

[16] Ministerio de Defensa. Dirección General de Relaciones Internacionales. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento informativo del IEEE 37-2011. La política de ciberdefensa de la OTAN (octubre, 2011).

[17] A raíz de los ciberataques ejecutados contra Lituania, se decide incorporar la ciberdefensa en las agendas políticas de la OTAN. Esto dará inicio a su política de ciberdefensa.

[18] Ver Claudia Elizabeth Fonseca, Ivonne Luz Perdomo, Miguel Arozarena Gratacos y Javier Ulises Ortiz, "Manual de Tallin y la Aplicabilidad del Derecho Internacional a la Ciberguerra", *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, Ejército Argentino. n.º 588 (2014): 126-145.

[19] Council of Europe, ETS n.º 185, Convention on Cybercrime, Budapest (23 de noviembre de 2001), en vigor desde el 1 de julio de 2004. Consultado febrero 15, 2019, http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm.

violación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos, en especial el acceso ilegal, la interferencia de datos y la interferencia del sistema[20]. Sin embargo, estas reglas no parecen aplicarse a las acciones del Gobierno, ya sean tomadas para fines de cumplimiento de la ley o de la seguridad nacional. El artículo 2 de la Convención requiere que los Estados adopten "medidas legislativas y de otra índole [...] para establecer como delitos penales bajo [su] ley doméstica, cuando se comete intencionalmente, el acceso a la totalidad o parte de un sistema informático sin derecho". El Informe explicativo que acompaña a la Convención aclara que la frase "sin derecho" permite las defensas legales clásicas, como la legítima defensa o el estado de necesidad, pero también puede referirse a "una conducta no afectada emprendida de conformidad con la autoridad gubernamental legítima", incluidos aquellos actos ejecutados para "mantener el orden público, proteger la seguridad nacional o investigar delitos"[21]. Es claro que los negociadores buscaron permitir la acción gubernamental cuando intereses nacionales estuvieran en juego. Solo la obligación de cooperación que establece la Convención podría limitar la válvula de escape de la seguridad nacional que puede utilizarse para ejecutar ataques cibernéticos contra otros Estados.

La Convención se ha abierto a la firma de Estados no europeos, llegando a 72 Estados parte (datos de febrero de 2019). Argentina ha ratificado la Convención en junio de 2018 y se encuentra vigente para nuestro país desde el 1 de octubre de 2018.

En América, la Organización de los Estados Americanos (OEA, en adelante) comenzó a principios del siglo XXI a intentar regular las ciberoperaciones. En abril de 2004, la OEA aprobó una resolución que establece que los Estados miembros deberían "evaluar la conveniencia de implementar los principios del Convenio del Consejo de Europa sobre cibercrímenes" antes referida, así como "considerar la posibilidad de adherir a esa convención"[22]. La OEA adoptó igualmente la "Estrategia

---

[20] Convención sobre Cibercrimen, arts. 2, 4 y 5.

[21] Convención sobre Cibercrimen: Informe explicativo, Consejo de Europa, n.º 185, para. 38 (noviembre 8, 2001). Consultado febrero 15, 2019, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm.

[22] OEA, AG/Res. 2040 (XXXIV-O/04) (08/06/2004). Consultado febrero 15, 2019, http://www.oas.org/juridico/english/ga04/agres_2040.htm.

integral de ciberseguridad Interamericana", cuyo objetivo principal consiste en adoptar "políticas y legislación sobre ciberdelitos que protejan a los usuarios de Internet y eviten y disuadan el uso indebido de computadoras y redes informáticas, respetando la privacidad y los derechos individuales de usuarios de Internet"[23].

Con este fin, la OEA acordó desplegar un Grupo de Expertos que "brindará asistencia técnica a los Estados miembros para redactar y promulgar leyes que castiguen los delitos informáticos, protejan los sistemas de información e impidan el uso de computadoras para facilitar actividades ilegales"[24].

A lo dicho se agrega que el Portal Interamericano de Cooperación en Delito Cibernético, junto con el Grupo de Trabajo en la materia, constituyen los principales desarrollos surgidos del proceso de Reuniones de Ministros de Justicia, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA) para fortalecer la cooperación hemisférica en la investigación y persecución de estos delitos. El Grupo de Trabajo existe a fin de fortalecer la cooperación internacional en la investigación y persecución de ciberdelitos, facilitar el intercambio de información y experiencias y formular recomendaciones entre los Estados miembros.

La OEA ha iniciado una conversación regional sobre estrategias conjuntas para combatir aquellos ciberataques que constituyen cibercrímenes, aun cuando no ha desarrollado al momento un programa más activo para abordar específicamente la problemática de los ciberataques.

2. La aplicación de las reglas y principios del derecho internacional humanitario a los ciberataques

El DIH se propone "humanizar la guerra"[25]. En sus dos vertientes de La Haya y de Ginebra, se dirige a los Estados tanto para limitar sus formas

---

[23] OEA, AG/RES. 2004 (XXXIV-O/04), Una estrategia interamericana integral de ciberseguridad: un enfoque multidimensional y multidisciplinario para crear una cultura de ciberseguridad, Apéndice A, adoptada el 8 de junio de 2004.

[24] Ibíd. Apéndice A. Sexta Reunión del Grupo de Trabajo sobre cibercrimen (enero 21-22, 2010), Washington D. C., OEA/Ser.K/XXXIV, Ciber-VI/doc.4/10 rev. 1. Consultado febrero 15, 2019, http://www.oas.org/juridico/english/cyb_VIrec_en.pdf.

[25] Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra, introducción al derecho internacional humanitario*, (Buenos Aires: CICR, 2003), 12.

de interacción en el conflicto armado como para imponerles obligaciones respecto de las personas que sufren las consecuencias[26]. Surgen así dos principios fundantes:

(i) "el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado" (La Haya); y
(ii) "las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad" (Ginebra)[27].

El objeto básico del DIH consiste en la "ayuda desinteresada para todas las víctimas de la guerra sin discriminación, para todos aquellos que […] ya no son más enemigos sino solamente sufrientes e indefensas personas humanas"[28]. La protección se proporciona no contra la violencia de la guerra en sí, sino "contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas que pertenecen a la otra parte"[29].

De los varios principios de la acción humanitaria existentes[30], la "Cláusula Martens" resume la aspiración primera del DIH:

---

[26] El derecho de La Haya y de Ginebra, respectivamente. Ver François Bugnion, "El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya", *Revista Internacional de la Cruz Roja* 844 (2001): 901-922. Respecto al derecho de La Haya, ver Howard M. Hensel, *The law of armed conflict: constraints on the contemporary use of military force*, editado por Hants Aldershot, (England; Burlington, VT: Ashgate Pub. Co., 2005); Human Rights Watch Project, *Civilian Pawns: Laws of war violations and the use of weapons on the Israel-Lebanon Border*, (New York: Human Rights Watch, 1996). En relación con el derecho de Ginebra, ver Alejandro Valencia Villa, *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, (Bogotá: Ediciones Uniandes/Tercer Mundo Editores, 1991); *Reglas básicas de las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales*, (Ginebra: CICR, 1983); Francoise Bory, *Origen y desarrollo del derecho internacional humanitario*, (CICR, 1982).

[27] Jean Pictet, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, (Curso del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Universidad Robert Schuman, 1982), 31.

[28] International Committee of the Red Cross, The Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, Preliminary Remarks, 1.

[29] Kalshoven y Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra, introducción al derecho internacional humanitario*, nota 26, p. 59.

[30] Jean Pictet, *Development and principles of international humanitarian law*, (Dordrecht, Neth: Martinus Nijhoff Publishers, 1985).

> Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública[31].

La CIJ en su Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares, invocó la Cláusula Martens al afirmar la vigencia de los principios y reglas del derecho humanitario y aplicarlos a la amenaza y uso de las armas nucleares[32].

El DIH se basa "en el principio fundamental [de] que las personas protegidas deben ser respetadas (obligación pasiva) y protegidas (obligación activa) en todas las circunstancias y recibir un trato humano sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo"[33]. Conforme el principio de no discriminación: "Las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo"[34].

---

[31] La Cláusula Martens aparece por vez primera en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La cláusula es introducida por el delegado ruso, profesor Von Martens en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Ver "Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909). Humanista de los tiempos modernos", *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)* 135 (1996): 324-339. Ver Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 14.

[32] CIJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión Consultiva (1996), para. 87.

[33] CG I y II, artículo 12; CG III, artículo 16; CG IV, artículo 27. Ver Kalshoven y Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra, introducción al derecho internacional humanitario*, nota 26, p. 62.

[34] Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, III Convenio de Ginebra 12/08/1949, Comentario del artículo bajo la dirección de Jean Pictet. Fórmulas de la misma índole fueron introducidas en varias disposiciones de los Protocolos de 1977, especialmente en el preámbulo y en los artículos 10 y 75 del Protocolo I, así como en el artículo 2 del Protocolo II.

Al preguntarnos por la posibilidad de aplicar el DIH a un ciberataque, enfrentamos dos escenarios posibles. Primero, el ciberataque puede ejecutarse en el contexto de un conflicto armado convencional. Segundo, puede existir en forma aislada y orientarse a degradar o dañar personas, bienes o infraestructura crítica del Estado atacado. Dentro de este segundo supuesto, cabe distinguir entre los ataques que producen daños concretos en el mundo físico y aquellos que no se manifiestan de manera visible[35]. En relación con el primer supuesto, no es la naturaleza de un medio o método, sino el contexto en el cual se utiliza, lo que somete una conducta a las reglas y los principios del DIH. Por lo tanto, lejos de importar si el ciberataque que ocurre dentro de un conflicto armado parte del territorio de uno de los Estados beligerantes, lo que resulta decisivo es conocer si el ataque en cuestión se relaciona con el conflicto en curso. En palabras del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, es imprescindible la existencia de un nexo con uno de los grupos armados del conflicto para que la conducta quede atrapada por la normativa humanitaria. De así ocurrir, las reglas del DIH se aplicarán a los ciberataques.

Respecto del segundo supuesto referido a un ciberataque no relacionado con un conflicto armado convencional, la respuesta es menos concluyente. Tradicionalmente, los Estados han reservado la aplicación del DIH para actos de violencia física directa, excluyendo los daños producidos por conductas que no la constituyen[36]. El Manual de Tallin sobre el DI aplicable a los ciberconflictos distingue entre conflictos armados internacionales y no internacionales, y reconoce que las ciberoperaciones pueden por sí mismas constituir un ataque armado, dependiendo de las circunstancias y, especialmente, de sus efectos destructivos. Define a un ciberataque como "una operación cibernética, ya sea ofensiva o defensiva, que razonablemente se espera que cause lesiones o muerte a personas o daños o destrucción de objetos". La cuestión básica consiste en calificar "daño" en el mundo

[35] Por ejemplo, ciberoperaciones que ralentizan una intranet comercial o militar descargan información financiera o personal, hacen perder temporalmente el acceso a Internet o a sitios web, o practican el ciberespionaje.

[36] Jack M. Beard, "Legal Phantoms in Cyberspace: The Problematic Status of Information as a Weapon and a Target Under International Humanitarian Law", 47 V y *Journal Transnational Law* 67, (2014): 99.

digital. La mayoría de los expertos que redactaron el Manual acordaron que, además del daño físico, la pérdida de funcionalidad de un objeto también constituye un daño. El Comité Internacional de la Cruz Roja entiende que es irrelevante la manera en que un objeto es desactivado, sea por medios cinéticos o por una ciberoperación. Este punto es esencial ya que, de lo contrario, una operación cibernética destinada a distorsionar una red civil no estaría cubierta por la prohibición humanitaria de no atacar directamente personas y objetos civiles.

El caso de las Plataformas Petroleras fallado por la CIJ ofrece comentarios útiles a fin de determinar si un ataque no convencional —como es un ciberataque— puede por sí solo alcanzar el nivel de ataque armado. La CIJ destacó que "la cuestión es si tal ataque, considerado en sí mismo o en combinación con el resto de las 'series de […] ataques' citados por los Estados Unidos puede ser categorizado como un ataque armado que justifique la autodefensa de Estados Unidos"[37].

En este párrafo se advierte que la CIJ considera la posibilidad de un análisis acumulativo de ataques, lo cual dará lugar a la llamada "doctrina de la acumulación", que afirma que, de sumarse una serie de acontecimientos sin solución de continuidad, podríamos estar en presencia de un ataque armado. Así, ciberoperaciones que en sí mismas no poseen el carácter de ataque armado podrían obtenerlo a partir de su sumatoria o bien en combinación con otros acontecimientos. Por ejemplo, microataques de *hackers* individuales cuya sumatoria combinada constituiría un ataque masivo.

Aun afirmando en líneas generales la posible aplicación de los principios y normas del DIH a los ciberataques, restan una serie de cuestiones específicas nacidas de las particularidades de las NTIC. Aquí es necesario fijar posición, en tanto no existe DI consuetudinario ni convencional que las resuelva. Entre las más urgentes mencionamos: i) la neutralidad; ii) el principio de distinción; iii) los objetivos legítimos y los ataques indiscriminados; y iv) la participación de civiles en las hostilidades, incluyendo los llamados piratas patrióticos. Las analizamos a continuación.

---

[37] CIJ, Plataformas Petroleras, Irán v. EE.UU., Sentencia, Rep. 161, para. 64 (noviembre 6, 2003).

2.1. Los ciberataques y la neutralidad

El instituto de la neutralidad constituye un concepto básico para el DIH y puede constituir un obstáculo humanitario mayúsculo al momento de decidir un ciberataque. La mayor parte del derecho de la neutralidad se encuentra contenido en la V Convención de La Haya (1907). La neutralidad implica el derecho de cualquier Estado de mantener relaciones con los Estados beligerantes. Este derecho encuentra su balance en la obligación que tiene el Estado neutral de no colaborar con los esfuerzos de guerra de los beligerantes. Si un Estado se declara neutral, posee inmunidad de ser atacado y su territorio es inviolable. El artículo 3 de la citada Convención prohíbe a los beligerantes utilizar con fines militares las instalaciones de comunicaciones situadas en Estados neutrales.

Korns y Kastenberg definen a la ciberneutralidad como "el derecho de cada nación de mantener relaciones con todas las partes que mantienen un ciberconflicto", y afirman que "a los fines de permanecer neutral en un ciberconflicto, el Estado en cuestión no puede originar un ciberataque desde su territorio, e incluso debe realizar acciones tendientes a prevenir que un ciberataque transite sus nodos de Internet", obligación que —como veremos— es de muy difícil cumplimiento[38]. Es en este punto donde los ciberataques desafían al derecho de la neutralidad. La exclusión del uso militar de las instalaciones de comunicación pudo ser razonable en 1907, ya que era fácilmente controlable. Sin embargo, la arquitectura actual de Internet vuelve casi imposible cumplir con las obligaciones de neutralidad. Internet es una red global compuesta por redes que abarcan el sector público y privado. Las conexiones de red no están restringidas a un territorio determinado. La información transmitida trasciende las jurisdicciones estatales. Por ejemplo, un correo electrónico enviado desde la jurisdicción del Estado A puede pasar por otras varias jurisdicciones estatales antes de llegar al destinatario en el Estado B. Los riesgos para un Estado neutral son altos: podría estar facilitando el esfuerzo de guerra de alguno de los beligerantes facilitando el uso de sus redes aun sin

[38] Stephen W. Korns y Joshua E. Kastenberg, *Georgia's Cyber Left Hook*, (Defense Technical Information Center, 2009), 62. El artículo brinda un panorama de los problemas que enfrentó el derecho de la neutralidad durante el conflicto entre Georgia y Rusia en 2008. Consultado febrero 15, 2019, https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a636632.pdf.

su conocimiento. La sanción por violar la neutralidad es alta: el Estado neutral podría ser atacado.

Es claro que los Estados beligerantes saben que lanzar un ataque desde la red informática de una nación neutral está prohibido, de la misma manera que ejércitos hostiles no pueden pasar por el territorio de un país neutral. Aun así, esta afirmación se diluye, ya que el concepto de combatiente cibernético puede incluir actores no estatales, como veremos más adelante.

2.2. El principio de distinción

El principio de distinción restringe los objetivos que pueden ser atacados a los combatientes u objetos militares, a la vez que protege a la población civil tanto como sea posible. Son objetivos legítimos de ataque: las fuerzas armadas, los establecimientos y construcciones, así como sus materiales; y otros bienes cuya destrucción otorgue una ventaja militar concreta. Los convenios internacionales prohíben la realización de ataques contra objetivos civiles. Cabe preguntar si dentro de los objetivos legítimos puede incluirse a la "información" que puede ser capturada o destruida por medio de un ciberataque.

El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, en su artículo 52(2), establece criterios para distinguir la legitimidad de un objetivo:

> Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

Antes de lanzar un ataque contra el objetivo elegido, se debe evaluar si está en conformidad con los principios de distinción y proporcionalidad. Por lo tanto, sería permitido atacar cibernéticamente a los combatientes y, al realizar ataques contra objetivos militares, el objetivo atacado debe contribuir considerablemente a la acción militar y proporcionar una ventaja militar concreta.

Las dificultades surgen cuando el ataque cibernético no produce ninguna destrucción física directa. En este caso, será el enemigo afectado quien considere si tal conducta constituye una acción militar o un simple incidente. Si el propósito es solo causar inconvenientes, entonces no se ha producido un ataque. El problema es que quienes planifican los ataques podrían concentrarse en evitar la aplicación de los estándares humanitarios y al mismo tiempo contribuir al logro de sus objetivos políticos o estratégicos. Frente a esto, algunos Estados liderados por Estados Unidos ya han afirmado que ciertos objetivos de carácter económico constituyen objetivos legítimos de ataque, ya que estos apoyan en forma indirecta pero efectiva la capacidad de guerra del enemigo.

2.3. Objetivos legítimos y ataques indiscriminados

Si un ciberataque es interpretado como un tipo nuevo de armamento, serán de aplicación las normas relativas a los medios utilizados para hacer la guerra. El Manual de Derecho Operacional de Estados Unidos establece que las ciberoperaciones requieren igual análisis legal que cualquier otro método o medio de guerra[39]. Los Estados no poseen una libertad ilimitada de elección de medios en las armas que utilizan[40]. El uso de armas está sujeto a restricciones concretas bajo el derecho de los conflictos armados.

La CIJ ha opinado que dos restricciones fundamentales establecidas por el DI consuetudinario se aplican a las armas utilizadas. Primero, los Estados nunca deben tomar como objeto de ataque a los civiles y, en consecuencia, no pueden usar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares[41]. Segundo, está prohibido causar sufrimiento innecesario a los combatientes; por consiguiente, se prohíbe el uso de armas que lo causen o que agraven inútilmente su sufrimiento.

El principal desafío que enfrentan los ciberataques es cumplir con el principio de distinción que prohíbe ataques indiscriminados. Estos

---

[39] The Judge Advocate General Legal Center & School, International and Operational Law Department (2008). Operational Law Handbook. Charlottesville, VA: US Army, p. 149 (JAG School).

[40] Ibíd.

[41] CIJ, Legalidad de la Amenaza o uso de Armas Nucleares, Opinión Consultiva (1996), para. 78.

no solo comprenden ataques que no están dirigidos a un objeto militar específico, sino métodos o medios de combate que no puedan dirigirse a un objeto militar específico o cuyos efectos no puedan ser limitados. Para cumplir con este requisito, el ciberataque debiera ser de alta sofisticación. Aun así, podría fácilmente transformarse en un ataque indiscriminado, ya sea intencionalmente o por error humano o tecnológico.

La naturaleza y estructura general de Internet es contraria a la aplicación del principio de distinción. Un beligerante podría verse tentado a iniciar ataques cibernéticos a gran escala contra las redes de otros beligerantes. Pero sin la capacidad de distinguir entre objetivos, este ataque sería indiscriminado. Otra posibilidad es que un beligerante comience un ciberataque de baja sofisticación con la esperanza de que las redes civiles no se vean afectadas. Actualmente, los ejércitos de todo el mundo están comenzando a emplear robots con funciones de combate y las llamadas pistolas centinelas[42]. Algunos robots son autónomos, pueden distinguir entre amigos o enemigos y están equipados con armas[43].

Si una de las Partes beligerantes programa un virus cuyo único propósito es replicarse en sistemas de la tecnología de la información, infectar tantas computadoras como sea posible y destruir toda la información contenida en las máquinas infectadas, tal tipo de ataque violaría el DIH. En este ejemplo, el ciberataque (virus) sería incontrolable y se propagaría a través de sistemas militares y civiles por igual, constituyendo un ataque indiscriminado.

Este supuesto plantea otra cuestión interesante aún no resuelta: ¿es legal iniciar un ciberataque contra los bienes de los beligerantes que no están ubicados en el territorio de ninguna de las partes en conflicto? Y aún más, ¿permite el DIH atacar bienes del enemigo situados en el territorio de un Estado neutral? Comenta Kelsey que, durante la campaña de la OTAN

---

[42] El sistema Phalanx Close-In Weapons es un sistema de disparo rápido de 20 milímetros de reacción rápida capaz de realizar de forma autónoma su propia búsqueda, detección, evaluación, rastreo, ataque y eliminación de las funciones evaluadas. Marina de Estados Unidos, 2011. Sistema de armas Phalanx Close-In. United States Navy Fact File (noviembre 21, 2011).

[43] El iRobot 710 Warrior puede transportar cargas que pesan más de 150 libras y tiene alguna funcionalidad autónoma. El extinto Gladiator Tactical Unmanned Ground Vehicle (vehículo terrestre no tripulado Gladiator Táctico), además de ser armado, debía emplear capacidades de exploración, reconocimiento, vigilancia y adquisición de objetivos.

en Kosovo, quienes planificaban la estrategia aérea de la OTAN planearon un ataque cibernético cuyo objetivo era insertar mensajes falsos y objetivos en la red de comando de defensa aérea Serbia. La OTAN podía enviar el ciberataque a través de países anfitriones de Internet o desde uno de sus aviones de combate. Este ataque habría limitado la capacidad de las fuerzas serbias de atacar con precisión los aviones de combate de la OTAN, pero de planearse incorrectamente podría haber puesto en peligro objetivos civiles, y la red de defensa aérea, haber confundido aviones de combate o comerciales con objetivos militares. Los misiles agotados de combustible lanzados contra objetivos falsos podrían haber caído en estructuras civiles, como hogares, hospitales y escuelas. La OTAN finalmente no lanzó este ciberataque, pero en el futuro los comandantes de la OTAN pueden verse tentados a arriesgar un daño adicional a la población civil para reducir el riesgo de sus pilotos[44].

2.4. Los combatientes y la participación directa en las hostilidades

Conforme el DIH, "combatiente" es todo miembro de las fuerzas armadas, excepto el personal sanitario y religioso. En una acción de combate, los combatientes deben distinguirse de la población civil. Lo hacen vistiendo su uniforme, portando un signo distintivo y llevando armas a la vista. Los combatientes toman parte en las hostilidades, mientras que a los civiles se les acuerda protección en la medida en que no participen del esfuerzo bélico en forma directa[45]. La participación directa comprende causar daño a los beligerantes o abastecer a las fuerzas armadas[46].

Un aspecto distintivo de los ciberataques es el anonimato tras el cual se esconden quienes son parte de las operaciones cibernéticas. Esta circunstancia plantea dificultades para establecer si quienes ejecutan los ciberataques forman parte de las fuerzas armadas, son combatientes regulares o no, o bien, simples mercenarios. Debido a las características del ciberespacio, tanto las armas modernas como los sistemas de tecnología de la información rara vez son exclusivamente operados por miembros de

---

[44] Jeffrey Kelsey, "Hacking Into International Humanitarian Law", *Michigan Law Review* 106 (2008): 1434-1435.

[45] PA I, artículos 48, 50(1), 51 (2) y 52(1).

[46] PA I, artículo 51(3).

las fuerzas armadas. El fenómeno no está restringido a los ciberataques, es aún más apremiante en el campo de la guerra con drones, donde los empleados de agencias de inteligencia son en su mayoría quienes realizan las operaciones de vuelo[47]. La tendencia a emplear civiles o subcontratistas que acompañan a las fuerzas armadas crece debido a la complejidad de la tecnología utilizada. La necesidad es comprensible, al tiempo que aumenta el riesgo que estos civiles ocupados especialmente en áreas de operaciones sean considerados participantes directos en las hostilidades[48].

Una segunda variante del empleo de civiles en conflictos armados es el llamado "*hacking* patriótico", que consiste en que cualquier usuario de computadoras, voluntariamente y con conocimiento utiliza o permite que su computadora sea utilizada a fin de ejecutar acciones cibernéticas contra el Estado enemigo. Esta fue la circunstancia prevalente durante el conflicto entre Georgia y Rusia (2008), donde ciertos foros rusos de mensajes brindaban instrucciones relativamente simples de cómo atacar sitios web georgianos. Morozov ha demostrado que es relativamente sencillo participar en un ciberataque, experimentando cómo alistarse en una guerra cibernética. Realizando una búsqueda en blogs rusos, aprendió que solo debía guardar una copia de una determinada página web en su disco duro y luego abrirla en su navegador. En menos de una hora, se había convertido en un cibersoldado ruso[49].

En este supuesto, ¿constituyen los eventuales hackers civiles un objetivo legítimo de ataque? El Comité Internacional de la Cruz Roja menciona que el término "pirata informático" abarca a tantas personas involucradas en muy diversas actividades, que considera riesgoso afirmar que cualquier pirata informático puede ser atacado. La mayoría de las ciberoperaciones no están vinculadas a un conflicto armado, con lo cual el DIH no es de aplicación. Incluso en el contexto de un conflicto armado,

---

[47] Consejo de Derechos Humanos ONU (2010). Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston. *Study on Targeted Killings*. A/HRC/14/24/ Add. 6, paras. 18-20.

[48] M. Schmitt, "Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus In Bello", *International Review of the Red Cross* 84, n.º 846, (2002): 384.

[49] Evgeny Morozov, "An Army of Ones and Zeroes: How I Became a Soldier in the Georgian-Russian Cyberwar". Consultado febrero 15, 2009, https://slate.com/technology/2008/08/how-i-became-a-soldier-in-the-georgia-russia-cyberwar.html.

los *hackers* civiles seguirían protegidos por el DIH contra ataques directos, aunque sujetos a la aplicación de la ley y posibles acciones penales si sus actividades violan otras normas. La situación es diferente si los *hackers* toman parte directa en las hostilidades a través de un ciberataque en apoyo de una de las partes del conflicto armado. En tal situación, los *hackers* no pueden esperar que el enemigo permanezca inactivo.

Conclusiones

Si bien no han existido al momento consecuencias humanitarias dramáticas producidas por ciberataques, la creciente dependencia de los sistemas controlados por computadora para sostener nuestras vidas implica un riesgo futuro cada vez mayor. Hasta la fecha, solo se ha experimentado una pequeña fracción de las posibilidades de conflicto cibernético, en tanto la experiencia real ha sido limitada. De hecho, casi todas las acciones adversas ejecutadas en el ciberespacio contra un Estado soberano, incluidos ciertos ataques cibernéticos, no alcanzaron el umbral comentado en el artículo para ser calificados como un uso ilegal de la fuerza que constituyera un "ataque armado" en el sentido del artículo 51 de la Carta ONU, posibilitando como consecuencia la legítima defensa del Estado atacado.

La principal característica de Internet es su anarquía estructural. No existen distinciones funcionales entre redes de carácter militar o civil, ni entre jurisdicciones políticas estatales tal como las conoce el DI desde su creación. En potencia, todo está conectado a todo. El futuro inmediato solo puede aspirar a profundizar la tendencia: se afirma que evolucionará hacia una mayor incertidumbre con el almacenamiento de datos y contenidos en la nube. Precisamente, con el uso de la computación en la nube, existen escenarios viables donde los datos de grupos terroristas o beligerantes se almacenen en la misma nube, uno al lado del otro, sin que los titulares de tales datos lo sepan.

La transposición de reglas y principios desarrollados por el DI general tanto consuetudinario como convencional a lo largo de su historia capta parcialmente el fenómeno de las NTIC empleadas como arma a fin de ejecutar operaciones ofensivas y defensivas entre Estados, o entre estos y otros actores internacionales. A partir de esta captación parcial se plantean una serie de interrogantes. Algunos pueden resolverse aplicando las fuentes tradicionales del DI general y, en particular, el DIH. No obstante,

en la mayoría de los casos, las respuestas poseen matices propios. De las cuestiones relevantes referidas a las consecuencias dañosas de un ciberataque, en este artículo nos interesamos por i) conocer las normas de DI general y particular aplicables a los ciberataques; y ii) analizar los desafíos que plantea la aplicación del DIH a este nuevo tipo de armamento.

Teniendo en cuenta las restricciones legales, la realización de ataques cibernéticos que cumpla con los estándares legales existentes es difícil y desafiante, aunque posible. Aun cuando el DIH no pudo prever los ciberataques en su inicio, sus principios y normas fundamentales son suficientemente flexibles. No obstante, el campo abierto a la especulación demuestra que en la temática de los ciberataques prevalecen los grises.

La pregunta permanece: ¿es la ley actual suficiente para abordar los ciberataques? Como dimos cuenta, existen amplias zonas carentes de regulación específica en las cuales la analogía parece constituir la regla. Los principios de distinción entre combatientes y civiles, y de proporcionalidad; los objetivos legítimos y la prohibición de ataques indiscriminados, la calificación de los "*hackers* o combatientes patrióticos" son algunos de los desafíos regulatorios que nacen a partir de los ciberataques.

La ausencia de normas internacionales consuetudinarias y convencionales es una preocupación del presente, y brinda libertad a los Estados para actuar conforme sus intereses, modelando así la futura costumbre internacional relativa a los ciberataques.

Bibliografía

Abi-Saab, G. "The Concept of 'International Crimes' and its Place in Contemporary International Law". En J. *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, 141-150, editado por Weiler, M. Spinedi, y A. Cassese, Berlín/Nueva York: W. de Gruyter, 1989.

Artiles, Néstor. *La situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. *Cuaderno de Estrategia* 149, 2011.

Bodansky, Daniel y Crook, John. Symposium: The ILC's State responsibility articles introduction and overview. *The American Journal of International Law* 96, n.º 4, (2001): 773-791.

Brownlie, Ian. *International Law and the use of Force by States*. Oxford University Press, 1963.

Pilloud, C. y Pictet, J. "Article 49. Definition of Attacks and Scope of Application". *Commentary on the Additional Protocols of 8/6/1977 to the Geneva Conventions of 12/8/1949*, editado por Sandoz, L. et al., 601-608. Geneva: Martinus Nijhoff, 1987.

Cano, Jeimy. "Ciberseguridad y ciberdefensa: dos tendencias emergentes en un contexto global". *Revista Sistemas* 119, (2011): 4-7.

Combacau, Jean y Serge, Sur. *Droit International Public*, 12.° ed. Issy les Moulineaux, Francia: LGDJ, Lextenso, 2016.

Crawford, J., Pellet, A. y Olleson, S. (eds.). *The Law of International Responsibility*. Oxford University Press, 2010.

Crawford, James (comp.). *The International Law Commission's articles on State Responsibility*. Cambridge University Press, 2002.

Derby, Daniel, H. "A framework for International Criminal Law". *International Criminal Law* 33, editado por Bassiouni, M. Cherif, 1987.

Dörmann, K. "Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks". *ICRC. Conduct of Hostilities, Information Warfare*. Noviembre 19, 2004.

Kaczorowska, Alina. *Public International Law*, 3rd ed. London: Old Bailey Press, 2005.

Kodar, Erki. "Applying the Law of Armed Conflict to Cyberattacks: from the Martens Clause to Additional Protocol I". En *Estonian National Defence College (ENDC) Proceedings*, vol. 15, 2012.

Lin, Herbert. "Cyber conflict and international humanitarian law". *International Review of the Red Cross* 94 n.° 886 (2012): 515-531.

Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed. London, UK: Routledge, 1997.

Morozov, E. "An Army of Ones and Zeroes: How I Became a Soldier in the Georgian-Russian Cyberwar". *Slate*. Consultado agosto 14, 2008. https://slate.com/technology/2008/08/how-i-became-a-soldier-in-the-georgia-russia-cyberwar.html.

NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. Tallin, Estonia. Consultado agosto 15, 2018, https://ccdcoe.org/index.html.

Nino, Carlos S. "El castigo como respuesta a las violaciones a los derechos humanos: una perspectiva global". Título original: "Punishment as a

Response to Human Rights Violations". Publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996.

Ottis, R. *On Definitions. Conflicts in Cyberspace*. 14 de julio de 2009.

Schmitt, M. "Wired Warfare: Computer Network Attack and *Jus In Bello*". *International Review of the Red Cross* 84, n.º 846 (2002): 365-399.

Watts, S. "Combatant Status and Computer Network Attack". *Virginia Journal of International Law* 50 (2010): 391.

Waxman, Matthew. "Cyber Attacks as 'Force' under UN Charter". Article 2(4), *Columbia Law School* 87 (2011): 43.

Hacia una acertada judicialización de las violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH por parte de los grupos armados organizados (GAO) en Colombia*

Juan Fernando Gil Osorio**

Resumen

El presente capítulo pretende sentar las bases de una adecuada construcción de contextos explicativos y de judicialización, referente a la dinámica criminal derivada de los grupos armados organizados (GAO) en Colombia (ELN, Clan del Golfo-Puntilleros-Pelusos y el GAO residual) en aquellas regiones del país en donde su notable influencia sociopolítica permite entender un mayor nivel de intensidad de las hostilidades, en un país en el que, a pesar del acuerdo de paz con la extinta FARC, todavía se vive un conflicto armado interno.

* Capítulo de libro de reflexión, vinculado al proyecto de investigación "Observatorio de Derecho Operacional", de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Vinculado al grupo de investigación "Ciencias Militares", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0082556.

** Coordinador académico de la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova y director del Observatorio de Derecho Operacional de la misma escuela.

En ese sentido, la investigación está enfocada a la identificación de patrones criminales y sinergias entre diferentes formas de criminalidad organizada, que permitan comprender las relaciones de funcionalidad entre los GAO y algunos de estos con los GDO (ej., la comisión generalizada de secuestros, extorsiones, desapariciones forzadas, infracciones al derecho internacional humanitario por vía de la ejecución arbitraria de civiles y atentados a la infraestructura económica del país, etc.). Ello facilitará la comprensión de fenómenos asociados con el control de *facto* ejercido por los GAO en algunos de los departamentos del país.

Palabras clave: grupos armados organizados, grupo delictivo organizado, infracciones al derecho internacional humanitario, violaciones a los derechos humanos.

Abstract

This chapter aims to lay the foundations for an adequate construction of explanatory contexts and judicialization, referring to the criminal dynamics derived from the Organized Armed Groups GAO in Colombia (ELN, Clan del Golfo-Puntilleros-Pelusos and the GAO Residual) in those regions of the country where it's remarkable sociopolitical influence allows us to understand a higher level of intensity of hostilities, in a country in which, despite the current peace dialogues, there is still an internal armed conflict.

In this sense, the research is focused on the identification of criminal patterns and synergies between different forms of organized crime, which allow understanding the functional relationships between the GAO and some of these with the GDO (eg., the generalized commission of kidnappings, extortions, forced disappearances, infractions of international humanitarian law through the arbitrary execution of civilians and attacks on the country's economic infrastructure, etc.). This will facilitate the understanding of phenomena associated with *de facto* control exercised by GAOs in some of the country's departments.

Keywords: organized armed groups, organized crime group, infractions of international humanitarian law, violations of human rights.

Introducción

Tal y como defiende Gonzalo Sánchez G. (2018), exdirector del Centro Nacional de Memoria Histórica:

> Colombia apenas comienza a esclarecer las dimensiones de su propia tragedia. La mayoría de sus ciudadanos aún no tiene una conciencia clara de los alcances que ha tenido la guerra interna, de sus impactos y sus mecanismos de reproducción. Muchos colombianos quieren seguir viendo en la violencia actual una simple expresión delincuencial o de bandolerismo, y no una manifestación de problemas de fondo en la configuración de nuestro orden político y social[1].

Somos un país complejo y paradójico, un ejemplo de ello es que Colombia se ha caracterizado por sostener un sistema político estable a pesar del conflicto armado que nos ha aquejado por más de cincuenta años. Esta estabilidad aparente ha sido testigo de innumerables intentos por poner fin al conflicto, sin embargo, estos no se han traducido en una democratización de nuestra sociedad, por el contrario, se han generado brechas sociales que, dependiendo de la ubicación geográfica, parecerían difíciles de zanjar[2].

Como lo explica María Teresa Ronderos en su último libro, "el hecho de que podamos, a la vez, prosperar y ser violentos, simultáneamente ampliar la democracia y vivir bajo tiranías, hace aún más difícil que los colombianos urbanos y modernos nos demos cuenta de la devastación humana que sufren nuestros compatriotas"[3]. Para nadie es un secreto lo cruento que ha resultado el conflicto armado en Colombia, atizado con los innumerables recursos provenientes del narcotráfico y otras actividades

---

[1] CNMH, 2013, p. 18. http://centrodememoriahistorica.gov.co/tag/gonzalo-sanchez/. Centro Nacional de Memoria Histórica.

[2] Ibíd., 13.

[3] Ronderos, María Teresa. *Guerras recicladas, una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*, (Bogotá: Aguilar, septiembre 18, 2014), 15. Consultado enero 29, 2017, http://www.verdadabierta.com/bloques-de-la-auc/5445-guerras-recicladas-un-libro-que-desentrana-el-paramilitarismo-en-colombia.

ilegales. Según lo manifestó el portal periodístico *Verdad Abierta*, "entre 1985 y marzo de 2013, 220.000 personas perdieron sus vidas en el conflicto armado colombiano y, de estos, 166.000 eran civiles. En esos últimos 29 años, en promedio, un colombiano fue secuestrado cada ocho horas y al menos cuatro murieron simultáneamente en una masacre cada semana"[4].

Este horror forzó a unos cinco millones de personas a dejar sus hogares entre 1985 y 2011[5]. En ese contexto, resulta válido pensar en neutralizar la violencia a través de procesos de judicialización que no dejen por fuera a ningún actor relevante. Contrariamente, sin un proceso adecuado de justicia transicional, como la fallida Ley de Justicia y Paz o la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras que excluye algunas víctimas y victimarios, es muy difícil superar el conflicto armado interno. Lo que resulta imperdonable si se piensa en la relevancia de algunos "nuevos" actores del conflicto armado en Colombia, como son el GAO[6] residual, nombre con el que el Gobierno Nacional denomina a las disidencias de las FARC, el Clan del Golfo (AGC), los Puntilleros (ERPAC) y los Pelusos (EPL), conocidos, según la doctrina internacional, como Grupos Armados Organizados (GAO).

1. Los GAO como aparatos organizados de poder en punto de autoría mediata

En esta guerra compleja, en efecto, ha sido difícil identificar claramente a todos los actores del conflicto armado. Sin embargo, el Estado no puede desconocer las circunstancias que han rodeado a los hombres y mujeres de la otra Colombia, esa donde no se ha garantizado el mínimo vital para todos[7]. Es así como se va a sostener la tesis según la cual el Estado colombiano, en su función de catalizador del interés colectivo y garante de la plena vigencia del imperio de la ley y la preservación de los derechos

---

[4] Ibíd., 15.

[5] Verdad Abierta, p. 15.

[6] GAO, Grupos Delictivos Organizados.

[7] Luis Jorge Salamanca Garay, *Globalización y crisis. ¿Hegemonía o corresponsabilidad?*, (Bogotá: Tercer Mundo, 1999), 17.

fundamentales, debe reconocer el surgimiento de nuevos GAO, así como las mutaciones de los ya existentes, en aras de garantizar el derecho a la verdad de todas las víctimas de dichos grupos en Colombia y lograr así una acertada judicializacion de sus crímenes, bajo parámetros internacionales.

Al respecto, vale la pena recordar el siguiente epígrafe:

> una vez se firma la paz, viene la guerra. Tras los acuerdos con el EPL en 1991 y las AUC en 2005, se multiplicaron los bandos, se mezclaron amigos y enemigos, se confundieron políticos y mercenarios, se dividieron utópicos y ambiciosos. Ahí suenan todavía los hermanos Úsuga David como un ejemplo de quienes han hecho el periplo completo en esa larga guerra[8].

Además, según los términos de David Gagne:

> Colombia ha sido testigo de múltiples denominaciones a la hora de nombrar a los Grupos Armados Organizados, práctica que puede parecer trivial, pero que tienen unas connotaciones jurídicas importantes, pues la realidad que se esconde tras dichas denominaciones es bastante tangible e inmediata para quienes se encuentran atrapados en su incesante turbulencia. Pero los términos y frases utilizados por el gobierno, las FF. MM., la Policía y los medios de comunicación, ejercen una gran influencia en el imaginario colectivo: ayudan a formar la opinión pública, las políticas de seguridad nacionales y las limitaciones legales de los actores involucrados. A medida que los GAO, se adapten a las nuevas realidades, es imprescindible que el léxico para referirse a ellos, haga lo mismo[9].

---

[8] Pascual Gaviria, "Desmovilización y rearme", *El Espectador*, (enero 29, 2014), párr. 1. Consultado febrero 19, 2017, http://www.elespectador.com/node/471599

[9] David Gagne, "¿Qué hay en un nombre? La política del léxico del crimen organizado en Latinoamérica", (marzo 28, 2017), párr. 4. Consultado marzo 29, 2017, http://es.insightcrime.org/analisis/que-hay-nombre-politica-lexico-crimen-organizado-latinoamerica

Todos los grupos armados que surgieron después de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia recibieron diferentes nombres, entre ellos el de "Bacrim" (acrónimo de "bandas criminales"). Sin embargo, dicha distinción fue importante porque estableció que las Bacrim, según la Ley 1448, no hacían parte del conflicto armado del país, recayendo así la responsabilidad de atacar a estos grupos sobre la Policía Nacional, en lugar del de las FF. MM.

Para el año 2016, el Gobierno colombiano decide renombrar a estos grupos, en dos categorías: grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO). Aunque esta directriz no le confirió estatus político a ninguno de los grupos, sí abrió la puerta para que las FF. MM. enfrentaran a los GAO, dentro del marco del DIH. Una vez más, esta clasificación pudo haber respondido tanto a consideraciones políticas como a los cambios en la naturaleza de los grupos en cuestión, sin embargo, en el imaginario colectivo, muchas de estas estructuras siguen siendo llamadas "paras", como una abreviatura de "paramilitares".

Consecuente con lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional expidió la Directiva permanente 015 de 2016, por medio de la cual se fijan los lineamientos para caracterizar y enfrentar a los grupos armados organizados (GAO). La Directiva de la referencia deroga la otrora Directiva permanente 014 de 2011, que establecía la estrategia nacional de lucha contra las Bacrim.

Es así como la Directiva 015 estableció el procedimiento para determinar la caracterización de grupos armados organizados (GAO), y en consecuencia decidir, según su denominación, el marco jurídico aplicable a la hora de utilizar la fuerza. En este sentido, y conforme a las competencias legales y constitucionales, la Fuerza Pública enfrentará de manera autónoma o coordinadamente a los grupos armados organizados (GAO). Por su parte, la Policía Nacional enfrentará a los grupos de delincuencia de manera individual, salvo cuando esta o la autoridad civil competente soliciten a las Fuerzas Militares lo que se conoce como "asistencia militar".

Adicionalmente, entre los objetivos estratégicos de la Política de Defensa y Seguridad "Todos por un Nuevo País" 2015-2018, se encuentra el de combatir las nuevas y tempranas expresiones de delincuencia y delincuencia organizada transnacional, que amenacen la seguridad,

la tranquilidad ciudadana y el funcionamiento transparente del Estado, usando todas las capacidades de la Fuerza Pública. Es de especial relevancia unificar conceptos respecto de la denominación de las diferentes amenazas que se presentan en jurisdicción (GAO-GDO). Esto, de conformidad a lo dispuesto en la Directiva 015, las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y los criterios desarrollados a nivel internacional y nacional por cortes internacionales y por la Corte Constitucional.

Los GAO, que han estado dedicados a infringir flagrantemente la normatividad internacional referente a la reiterada comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el contexto del conflicto interno, exigen del legislador la mayor aproximación frente a la tipificación de los comportamientos que aún no se encuentran regulados en la normatividad interna. De igual manera, el operador jurídico deberá considerar las formas más adecuadas de imputación conforme a la estructura macrocriminal de estos grupos.

Mientras no se reconozca el carácter jerarquizado y organizado de los GAO, será muy difícil que el derecho penal doméstico esté en capacidad de judicializar estas estructuras criminales por la comisión de delitos con carácter internacional que afectaron de manera grave a todos los habitantes de las zonas rurales de Colombia, como parte de ataques sistemáticos o generalizados y que desconocieron permanentemente las disposiciones relativas a respetar los principios humanitarios producto de un plan o política a gran escala.

Además, es bien sabido que los GAO, como organizaciones macrocriminales, tienen unos representantes o máximos responsables que se encargan de emitir las políticas que han de llevarse a cabo. De esta manera, los máximos responsables cuentan con una maquinaria criminal que funciona mecánicamente bajo el supuesto de que las órdenes se cumplirán a quienes se les haya impuesto de manera inexorable.

Para el caso concreto, emitir las órdenes en los GAO está en cabeza de los "cabecillas o comandantes" que, según la tesis de "autoría mediata", llamaríamos "el hombre de atrás", que en teoría y en práctica posee el dominio de la voluntad del aparato o la maquinaria que asegurará el resultado lesivo. Aquí no se tiene en cuenta si quiera quién fue el autor

ejecutante de la conducta, no se preocupan por la identidad de sus miembros, es así que con tan solo emitir la orden (utilizar métodos y medios prohibidos, reclutar menores, asesinar, secuestrar, desaparecer personas, etc.) de inmediato se lleva a cabo todo un despliegue que garantizará el cumplimiento de esta.

2. La naturaleza jerárquica de los GAO

Para demostrar el dominio de la voluntad del aparato se requiere la existencia de una estructura jerárquica que tenga al mando a sus máximos responsables, quienes tienen capacidad de dar órdenes y estas, por supuesto, tendrán que cumplirse. Así las cosas, tenemos que la posibilidad de emitir órdenes por el sujeto de atrás frente al resto de personas integra el aparato o GAO, lo cual da a entender que esta autoridad, este mando, este poder, cuenta con el reconocimiento del resto del grupo para ordenar la comisión de conductas jurídicamente reprochables por el ordenamiento jurídico.

Si las órdenes se cumplen, resulta claro e indiscutible que quienes se enlistan a la organización criminal con plena conciencia y discernimiento de su actuar reconocen los objetivos implícitos que persigue la organización y la jerarquía como requisito indispensable para la existencia del aparato. Así mismo, para demostrar el dominio de la voluntad por organización se requiere una estructura jerárquica y organizada con un mando capaz de dar órdenes que se cumplan por parte de los miembros del aparato.

Cuando hablamos del recurso al derecho internacional humanitario como forma acertada de fundamentar conforme nuestras reglas de derecho interno la imputación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, lo hacemos en el sentido de que el DIH reconoce a esas estructuras armadas en tanto sus miembros tienen claras responsabilidades de cara al derecho internacional y al derecho interno. Así, el artículo primero del protocolo adicional II es claro en su aplicación cuando se trata de las categorías de "fuerzas armadas", "fuerzas armadas disidentes", "grupos armados organizados", que conforme la dirección de un mando responsable ejerzan sobre una parte del territorio de una alta parte contratante un control que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas para aplicar el correspondiente protocolo.

Es claro entonces que quienes operan como miembros del GAO para el derecho internacional tienen claras responsabilidades en el orden penal por la vulneración de normas y principios del mismo derecho internacional. Para el caso colombiano, la Sentencia C-225 de 1995 extiende la obligatoriedad del cumplimiento del DIH a todos los posibles actores del conflicto cuando dispone:

Estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2 de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló la Corte, en Colombia no solo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*"[10].

Lo anterior, teniendo en cuenta que no solo estas normas son imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias *per se* en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podría ser de otra manera, pues las normas del derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su Sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú[11].

El criterio de poder de mando combina: i) autoridad del hombre de atrás frente al resto de los miembros del aparato, ii) que esta autoridad venga favorecida, avalada y respaldada por la estructura jerárquica del aparato de poder; y iii) que la autoridad le permita al hombre de atrás ordenar la ejecución de conductas ilícitas; expresado de otra forma: no cualquier tipo de autoridad es la que interesa, sino solo aquella que le permite al sujeto ordenar la comisión de hechos antijurídicos. En efecto, hablar de un grupo

---

[10] Corte constitucional, C-225-95.

[11] CIJ, Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), 1949, 4.

con connotación de "aparato organizado" implica que quien expide órdenes pueda exigir su cumplimiento. A este respecto, la exigencia presupone que el instrumento que ejecuta la orden tiene disponibilidad para recibir órdenes ilícitas y acepta de forma voluntaria realizarlas.

Aunado a lo anterior, otro elemento de la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder como los GAO se ha conocido como fungibilidad de los sujetos ejecutores. El problema se ha fundamentado en la posible negativa del ejecutor a cumplir la orden, pues la forma de actuar del grupo permite asegurar confiabilidad de los resultados. Si un piñón de la maquinaria falla, otro le suplirá sin que se afecte la ejecución del plan. El ejecutor realmente es una persona sustituible y anónima de la cual se vale quien domina la organización, de tal manera que aunque el dominio del hecho está en cabeza del autor directo a quien no le falta ni libertad, ni responsabilidad debido a que actúa en virtud de su pertenencia al aparato. En este caso, lo que resulta importante es que el plan ni se frustra ni se impide si alguien se niega a cumplir una orden.

Con este término, se hace mención a la forma como funcionan los GAO, en el sentido de que el ejecutor que se niega a cumplir una orden inmediatamente tendría un reemplazo en la estructura, con la cual se garantiza la ejecución del plan criminal.

Máximos responsables[12], apunta a dos categorías: i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva (GAO) sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de planes operativos; y ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva.

> Colombia apenas comienza a esclarecer las dimensiones de su propia tragedia. La mayoría de sus ciudadanos aún no tiene una conciencia clara de los alcances que ha tenido la guerra interna, de sus impactos y sus mecanismos de reproducción. Muchos colombianos

[12] Directiva 0001 del 2012. Fiscalía General de la Nación. Colombia. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf

> quieren seguir viendo en la violencia actual una simple expresión delincuencial o de bandolerismo, y no una manifestación de problemas de fondo en la configuración de nuestro orden político y social. El carácter invasivo de la violencia y su larga duración han impedido que se reconozca a los actores del conflicto armado y sus lógicas, así como a las víctimas[13].

Pareciera que los métodos de tortura, muerte y otras privaciones graves de la libertad[14] usados en la Casa Arana fueran lejanos, pero no es así. En el país, los GAO aparecen en el escenario como si obedeciera a un concurso cuyo ganador fuera quien se inventara el método más cruel, despiadado e inhumano.

Los GAO han recurrido durante la sistemática práctica del secuestro y otras privaciones graves de la libertad, a muchas de estas prácticas, que en otrora fueran utilizadas en la Casa Arana:

- El cepo (remplazados hoy por las cadenas de acero). Eran dos bloques de madera pesada con muescas para sujetar a la persona por las muñecas, tobillos o cuello que en muchas ocasiones era combinado con la flagelación y la suspensión de alimentos.
- Fusilamiento (práctica habitual dentro de los GAO). Cuyos cadáveres se enterraban en una fosa cavada por las mismas víctimas con anticipación. Esta pena era utilizada con los desertores.
- Cargas exageradas. Los cargadores tenían que trasladar 50 o 60 kilos de caucho por distancias hasta de 80 kilómetros sin alimento alguno. Es ampliamente conocido que las personas que se encurtan en poder de esta organización macrocriminal son

---

[13] Gonzalo Sánchez G., Centro Nacional de Memoria Histórica. GMH *¡Basta Ya! Colombia. Memorias de guerra y dignidad*, (Bogotá: Imprenta Nacional, 2013), 23.

[14] Ugueche Raúl Teteye. *Memoria amazonas. Historias desde la casa Arana. Memorias del etnocidio cauchero. Discurso de la conmemoración de los 100 años del etnocidio en La Chorrera*, Amazonas, (Centro de Memoria Histórica. Indígena bora rector del Colegio Indígena Casa del Conocimiento, octubre 16, 2012). Consultado marzo 10, 2017, http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/index.php/iniciativas-de-memoria/iniciativas-desde- region/41-iniciativas-desde-region/507-memorias-del-etnocidio-cauchero

> sometidas a trabajos forzados que incluyen, entre otras, la búsqueda, reelección y traslado de hasta 300 viajes de leña (cortados, cargados, rajados y pelados) al día, 10 huecos de un metro cúbico para basura, 20 chontos[15] de un metro de largo por 50 centímetros de profundidad y 40 de ancho, 30 metros de trincheras con 6 pozos de tiradores, uno cada 5 metros. Esto sin contar la servidumbre forzada (ranchar, cocinar y excavar), desnudez forzada, violencia sexual, etc.

En palabras del Centro de Memoria Histórica:

> El daño que se le hace a una víctima (CMH, 2013) se le inflige a toda la humanidad. No obstante, aunque el conflicto armado en el país ha cobrado millares de vidas, muchos conciudadanos lo sienten como un asunto ajeno a su entorno y a sus intereses. Las víctimas y sobrevivientes sufren la violencia en medio de profundas y dolorosas soledades. Esto se explica en parte porque la guerra se hizo cotidiana, porque transcurre en la ruralidad del país, y porque la mayoría de quienes la sufren son personas anónimas. Esta fragmentación del país ha alimentado la pasividad, cuando no la indiferencia, de muchos colombianos.

3. Problemas consecuentes a la polinomia de los grupos armados ilegales

Con lo dicho, las diferentes denominaciones con las que se han "bautizado" a las nuevas estructuras surgidas de la desmovilización de las AUC (bandas emergentes, Bacrim, GAO, Clan del Golfo, etc.) y recientemente el GAO residual implican su reconocimiento como parte del conflicto armado. En el mismo sentido, la CIDH ha identificado como elementos de continuidad:

> i) el tipo de actor, ii) los destinatarios de las acciones de estos grupos, iii) el espacio geográfico en el que operan, iv) su estructura interna,

[15] Letrina rudimentaria utilizada por los GAO.

> v) la cronología que puede establecerse entre la actuación de esos grupos, vi) el hecho de que la negación por parte del Estado de la continuidad de elementos del paramilitarismo hace más compleja y menos decisiva la respuesta, y vii) hasta el momento, la ausencia de una investigación completa, sistemática y diligente en relación con los miembros de las autodefensas.

Estos elementos de continuidad plantean interrogantes sobre la medida en que los miembros de los grupos paramilitares efectivamente se desmovilizaron antes de plegarse o de crear otros grupos armados ilegales[16].

La calificación de los GAO surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares (Clan del Golfo, Pelusos, Puntilleros) debe realizarse, entonces, con base en un análisis casuístico y especializado que tome en cuenta el origen del paramilitarismo y los elementos de atribución de responsabilidad internacional estatal. Así mismo, se estima que cualquier política o medida adoptada por el Estado debe tener como eje y fin principal la protección y garantía de los derechos de las víctimas[17].

Es de recordar que hace un par de años se conocieron algunos medios impresos y digitales de un GAO posdesmovilización, en el que aseguran que son "una organización político-militar de resistencia civil en armas"[18]. Fragmento de facsímil del periódico que distribuyen en su búsqueda de reconocimiento político dieron las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC), al definir en su segunda conferencia de comandantes, que tuvo lugar el 25 de septiembre de 2013, que son "una organización político-militar de resistencia civil en armas, de carácter social, transitoriamente en la ilegalidad"[19].

El documento presenta un ideario, fundamentos militares, políticos y sociales; y asegura que está reformando sus "estatutos de constitución y

---

[16] CIDH. Informe n.º 64/11, Caso 12.573. Fondo, Marino López y otros. Operación Génesis. (Colombia, 31 marzo 2011), 229.

[17] CICR, 2011, párr. 8.

[18] Verdad Abierta, "El sabor agridulce que deja la desmovilización en Antioquia", párr 3.

[19] Ibíd., párr. 4.

régimen disciplinario"[20]. Esta organización a quien el Gobierno y la Ley 1448 no reconocían como GAO, sino hasta el 2016, bajo el nombre del Clan del Golfo, insiste en justificar su rearme alegando que el Gobierno Nacional no les cumplió una vez dejaron sus armas y se desmovilizaron colectivamente de los distintos bloques y frentes de las AUC a los que pertenecieron. En dichos estatutos, se puede leer lo siguiente:

> El incumplimiento del gobierno con las garantías jurídicas a los desmovilizados, la falta de políticas claras, el aumento de los problemas sociales generadores del conflicto, la persecución y el exterminio al que nos vimos sometidos cuando todavía nos encontrábamos cumpliendo con nuestro proceso de paz, nos llevaron a tomar esta dura decisión[21].

Al observar detenidamente su evolución, su forma de proceder y sus argumentos políticos con el ánimo de insistir en la similitud de estos nuevos grupos conocidos como "GAO Clan del Golfo", con estructuras de los otrora paramilitares, encontramos que, primero, se dieron a conocer como "Bloque Héroes de Castaño"; posteriormente, a medida que este grupo se fue expandiendo desde San Pedro de Urabá, adoptaron el nombre de "Urabeños". Si bien para 2007 eran conocidos con este nombre, su presentación política se dio el 15 de octubre de 2008 en la región del Urabá antioqueño, cuando promovieron un mal llamado "paro armado", que se convertiría en un medio de coerción de carácter nacional.

En esa ocasión, hicieron cerrar el comercio, suspender el servicio de transporte público y afectar la vida cotidiana en el Eje Bananero. Los panfletos que repartieron tenían el logo de "Autodefensas Gaitanistas de Colombia". Atrás quedó el nombre del Bloque Héroes de Castaño. Así mismo, a comienzos de 2014[22] se atrevieron a reivindicar a través de un

---

[20] El País, "Autodefensas Gaitanistas, la fachada política de los urabeños", (julio 19, 2014), párr. 3. Consultado marzo 17, 2017, http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/autodefensas-gaitanistas-fachada-politica-urabenos.

[21] El País, "Autodefensas Gaitanistas, la fachada política de los urabeños", párr. 6.

[22] "El sabor agridulce que deja la desmovilización en Antioquia", párr. 3.

panfleto distribuido en la Comuna 8 de Medellín que la disminución de los homicidios del 26,5% en la capital antioqueña durante el 2013 se debió a su injerencia y no al trabajo de las autoridades de la siguiente manera:

> A pesar de lo que digan las autoridades oficiales, esta enorme disminución se debe a los esfuerzos que las Autodefensas Gaitanistas de Colombia hemos desarrollado con otros actores armados del conflicto social que hacen presencia en la ciudad porque entendemos que la paz y la tranquilidad ciudadana son las más grandes contribuciones que podemos hacer buscando el beneficio de los sectores más desfavorecidos de esta población[23].

Es tal el alcance de este GAO, que vienen distribuyendo en sus áreas de influencia un periódico llamado *El Gaitanista*, y que, según ellos, busca llenar un vacío inmenso que existe con respecto a la información que sobre la Organización ofrecen los parcializados medios de comunicación del país. En su editorial, firmada por el "Estado Mayor AGC", se precisaron los objetivos de esta publicación.

> Hemos concretado hoy un viejo anhelo de nuestra organización, tener un medio de comunicación para poder entablar un diálogo permanente con las comunidades y con nuestros hombres en toda la geografía nacional […] se edita con el fin de ofrecer una información permanente y actualizada sobre nuestra Organización, pero también sobre el futuro de nuestra patria, escuchando lo que tenga que decir todas las voces que posean una opinión pertinente sobre el devenir del conflicto colombiano[24].

Las dinámicas del conflicto armado interno, aunado a los intereses, geoestratégicos y políticos de los GAO, le han dado todo para convertirse en el mayor grupo criminal del país; sus extensas redes criminales y su

---

[23] Verdad Abierta, "El sabor agridulce que deja la desmovilización en Antioquia", párr. 5.

[24] Juan Diego Restrepo, *Autodefensas Gaitanistas de Colombia en el Bajo Cauca Antioqueño*, (Bogotá: Fundación Ideas Para La Paz, octubre de 2015), 13.

capacidad económica la consolidan como una organización cuya permanencia en el tiempo pareciera ser duradera.

Conclusiones

En sus inicios, el término "Bacrim" se originó para denominar a los grupos de autodefensas que seguían delinquiendo después del proceso de desmovilización llevado a cabo en el marco de la Ley de Justicia y Paz, en el 2005. Fue así como inicialmente el Gobierno las denominó "bandas emergentes"; como su nombre lo indica, emergentes después de una desmovilización. Con el descrédito que este término causaba ante la opinión pública, a partir del año 2007 se empezaron a llamar "bandas criminales" (Bacrim), con la intención de desdibujar las críticas que había dejado la Ley 975 de 2005. Pero las diferentes formas de denominar estas estructuras no se agotan allí, existe un sinnúmero de sinónimos con los que se conocen a estos grupos, por ejemplo, las autoridades en Medellín las denominan "ODIN", que quiere decir "estructuras delincuenciales integradas al narcotráfico".

Concretamente, el GAO que hemos usado como ejemplo ha sido denominada con cinco nombres diferentes a lo largo de su corta historia: Héroes de Castaño, Autodefensas Gaitanistas de Colombia, Los Urabeños, Clan Úsuga y, el más reciente, Clan del Golfo[25]. Cada remoquete o apodo obedece a factores distintos de tiempo, lugar y estrategias del grupo ilegal o de la Fuerza Pública, pero en el fondo describen el mismo mal; una estructura con cerca de 2.550 integrantes, redes nacionales en 17 departamentos y contactos transnacionales en América, Europa y África, como lo afirma el semanario antioqueño. Establecer las razones de cada denominación dada a esos grupos otorga pistas sobre sus modos de comportamiento, así como sobre su cercanía con el paramilitarismo.

Independientemente de cómo se les llame a estos grupos —autodefensas, bandas criminales u otra denominación—, no debe minimizarse el impacto que tienen actualmente en Colombia en términos de derechos

[25] Nelson Matta Colorado, "Los cuatro nombres con los que delinque la banda más peligrosa de Colombia". *Periódico El Colombiano*, (mayo 21, 2015), párr. 1. Consultado mayo 15, 2017, https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/los-nombres-con-los-que-delinquen-los-urabenos-la-banda-mas-peligrosa-de-colombia-AX1880637.

humanos y de derechos de las víctimas del conflicto armado interno. La alta capacidad de mutación de mandos y estructuras, su relación con el narcotráfico y las millonarias sumas de dinero que manejan les permiten a los GAO penetrar muchos sectores, incluyendo la Fuerza Pública y organismos de seguridad del Estado. Incluso tienen capacidad para infiltrarse en el campo político, comercial y gremial de muchas regiones.

Por ejemplo, la presencia de los GAO en algunas de las principales capitales de departamento del país ha llevado a que estas diversifiquen sus fuentes de ingreso. Estas son el alistamiento de vehículos en las terminales de buses ubicados en las comunas de Medellín, el famoso paga diario[26] que consiste en préstamos de dinero a cambio de intereses que superan el 20% y, el más conocido y rentable de todos, el microtráfico[27].

> La Personería de Medellín en su informe anual del año 2013, demostraba como la intimidación es utilizada para la "microextorsión" o "vacuna" por y para obras de infraestructura. En la que los contratistas que realizan obras en las comunas tienen que pagar un porcentaje del contrato para que les permitan la ejecución de las obras. "Para la seguridad": (todos pagan) modalidad ampliamente conocida en los barrios populares de la ciudad, cada casa, garaje, tienda de abarrotes, almacén, carnicería, mini y súper mercados, de igual manera, cualquier medio de transporte tiene que pagar, no importa si es público o particular. Una de las características de todo grupo armado al margen de la ley, en Colombia, es el control territorial, y Medellín, a pesar de ser área urbana, no es la excepción. Estos grupos saben que la mejor forma para sembrar el terror es intimidar a los habitantes de las barriadas y extender los territorios de influencia de los grupos armados ilegales[28].

En el mismo informe se da cuenta de las múltiples victimizaciones en las que incurren los GAO, que además coinciden con las formas de control

---

[26] Línea de crédito informal con altos intereses proporcionadas por estos grupos.

[27] Juan Camilo Mazo, *Informe, Análisis de las Bacrim en Medellín*, (2012), 12.

[28] Personería de Medellín, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la ciudad de Medellín*, (2013), 54.

y violación de derechos humanos de los grupos armados: "bajo esta figura, se crearon las hoy famosas y temidas fronteras invisibles, lugares que demarcan el área de control de los delincuentes, que en muchas ocasiones no pasan de ser un par de cuadras, pero que son suficientes para aterrorizar a la población indefensa que es advertida para que no cruce la frontera".

En cuanto a infracciones del DIH, el reclutamiento forzado de menores en un tema de nunca acabar, los niños y adolescentes en Colombia son utilizados para las funciones básicas dentro de la estructura criminal, entre las cuales están: porte y transporte ilegal de armas y estupefacientes, cobro de vacunas, intimidación a la población civil y, en algunos casos, sicariato[29]. Según el Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo, el reclutamiento se ha extendido a 26 departamentos del país. Los GAO son los que más reclutan personas menores de edad para la guerra y las actividades ilícitas; eso se desprende del mismo informe el cual explica que hay reclutamiento infantil en 130 municipios de 26 departamentos de Colombia. Los GAO son los culpables de 65 situaciones de riesgo de reclutamiento advertidas por la Defensoría[30].

Es así como, desde el inicio de las medidas de desescalamiento bilateral del conflicto el 20 de julio de 2015, Cerac ha registrado presencia violenta del Clan en 25 municipios donde antes solo estaban las FARC. También se ha detectado la expansión de este grupo criminal a 51 municipios donde antes de esta misma fecha no había presencia de ellos ni de las FARC. Esto quiere decir que en menos de dos años el Clan del Golfo ha logrado llegar a 76 nuevos municipios[31], convirtiéndolo en un actor de primera línea, en esta nueva era del postacuerdo con las FARC en Colombia, con las implicaciones que esto tendrá en las personas que no participan en las hostilidades.

La nueva dinámica investigativa que adoptarán las autoridades colombianas para encauzar a los responsables de graves crimines cometidos en

---

[29] Ibíd., 55.

[30] Reconciliación Colombia, (2015), párr 3.

[31] María Fernanda Arocha, "El Clan del Golfo: la gran amenaza para la seguridad en el posconflicto", *Razón Pública*, (2017), párr. 6. Consultado junio 2, 2017, http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10268-el-clan-del-golfo-la-gran-amenaza-para-la-seguridad-en-el-posconflicto.html.

el marco de la confrontación supone precisamente la identificación de contextos explicativos de la criminalidad similares a los propuestos en este artículo.

Una de las peculiaridades de este tipo de causas judiciales tiene que ver con la distensión o la flexibilidad del juicio de apreciación probatoria de los jueces para adoptar decisiones en cada caso. A diferencia de lo que ocurre con cualquier otro tipo de proceso originado en la comisión de una infracción a la ley penal, en las "mega causas" el operador judicial tiende a ser mucho menos estricto en el análisis de admisibilidad y valoración del material probatorio, supliendo en todo caso un eventual déficit de elementos demostrativos del crimen y sus responsables en la descripción fáctica contextual que le es ofrecida por el acusador.

Bibliografía

Ambos, Kai. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, Dunker y Humblot y Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

Arocha, María Fernanda. "El Clan del Golfo: la gran amenaza para la seguridad en el posconflicto", Razón Pública, consultado junio 2, 2017. http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10268-el-clan-del-golfo-la-gran-amenaza-para-la-seguridad-en-el-posconflicto.html.

Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Ediciones Abeledo-Perrot, 1963.

CIDH. Informe n.º 64/11, Caso 12.573. Fondo, Marino López y otros (Operación Génesis). Colombia, 31 marzo 2011.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). *Situación humanitaria. Informe de Actividades Colombia 2011*.

Corte Construccional, C-225 del 18 de mayo de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Setencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n.º 101.

Corte IDH. Ficha Técnica: Cepeda Vargas *vs*. Colombia, 2014, consultado marzo 20, 2017, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=334.

Corte Internacional de Justicia. Sentencia del 25 de marzo, Recueil 1949, sobre estrecho de Corfú, Gran Bretaña *vs*. República Popular de Albania.

Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Sentencia 29221 del 1 de septiembre de 2009.

Directiva n.º 0001 del 4 de octubre de 2012. "Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación". Fiscalía General de la Nación. Colombia. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf

Echandia Castilla, Camilo. *El conflicto armado y las manifestaciones de violencia en las Regiones Colombia*. Serie Aportes para la Paz. Tomo I, 1999.

El País. "Autodefensas Gaitanistas, la fachada política de los urabeños", julio 19, 2014. Consultado marzo 17, 2017. http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/autodefensas-gaitanistas-fachada-politica-urabenos.

Verdad Abierta. "El sabor agridulce que deja la desmovilización en Antioquia", agosto 26, 2014. Consultado febrero 28, 2017. http://www.verdadabierta.com/desmovilizados/5417-el-sabor-agridulce-que-deja-la-desmovilizacion-en-antioquia.

European Court of Human Rights, Ireland v. the United Kingdom, 18.1.1978, párr. 159. Ver igualmente, European Commission on Human Rights, The Greek case, Anuary of the Conveant, 1969.

Gagne, David. "¿Qué hay en un nombre? La política del léxico del crimen organizado en Lationoamérica", marzo 28, 2017. Consultado marzo 29, 2017. http://es.insightcrime.org/analisis/que-hay-nombre-politica-lexico-crimen-organizado-latinoamerica.

Gaviria, Pascual. "Desmovilización y rearme", *El Espectador*, enero 29, 2014. Consultado febrero 19, 2017. http://www.elespectador.com/node/471599.

GMH. *¡Basta Ya! Colombia. Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2013.

Ley 599 de 2000 "Código Penal Colombiano".

Luhman, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós: 1990.

MAPP/OEA, *Décimo Cuarto Informe Trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. Washington, D. C., abril 26, 2010.

Matta Colorado, Nelson. "Los cuatro nombres con los que delinque la banda más peligrosa de Colombia". *Periódico El Colombiano*, (mayo 21, 2015). Consultado mayo 15, 2017. https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/los-nombres-con-los-que-delinquen-los-urabenos-la-banda-mas-peligrosa-de-colombia-AX1880637

Mazo, Juan Camilo. *Informe, Análisis de las Bacrim en Medellín*. Alcaldía de Medellín, 2012.

Personería de Medellín. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la ciudad de Medellín*. Medellín: Personería de Medellín, 2013.

Ramelli, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Gesellschaftfur Technische Zusammenarbeit (GIZ), Embajada de la República Federal de Alemania y Universidad de los Andes, 2011.

Reconciliación Colombia, febrero 28, 2015. Consultado marzo 15, 2017. http://www.reconciliacioncolombia.com/prensa/detalle/363/BACRIM-las-que-mas-reclutan-menores-para-la-guerra.

Restrepo, Juan Diego. *Autodefensas Gaitanistas de Colombia en el Bajo Cauca Antioqueño*. Bogotá: Fundación Ideas Para La Paz, octubre, 2015.

Ronderos, María Teresa. *Guerras recicladas, una historia periodística del paramilitarismo en Colombia*. Bogotá: Aguilar, septiembre 18, 2014. Consultado enero 29, 2017. http://www.verdadabierta.com/bloques-de-la-auc/5445-guerras-recicladas-un-libro-que-desentrana-el-paramilitarismo-en-colombia.

Salamanca Garay, Luis Jorge. *Globalización y crisis. ¿Hegemonía o corresponsabilidad?* Bogotá: Tercer Mundo, 1999.

Sánchez G., Gonzalo. Centro Nacional de Memoria Histórica. GMH *¡Basta Ya! Colombia. Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2013.

TEDH, Irlanda *v.* Reino Unido, enero 18, 1978.

Teteye, Ugueche Raúl. Centro de Memoria Histórica. *Memoria amazonas. Historias desde la casa Arana. Memorias del etnocidio cauchero. Discurso*

de la conmemoración de los 100 años del etnocidio en La Chorrera, Amazonas. Indígena Bora Rector del Colegio Indígena Casa del Conocimiento, (octubre 16, 2012). Consultado marzo 10, 2017. http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/index.php/iniciativas-de-memoria/iniciativas-desde-region/41-iniciativas-desde-region/507-memorias-del-etnocidio-cauchero.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), Cámara II de Apelaciones, Caso Kunarac, Kovac y Vokovic. Sentencia de 12 de junio de 2012. Citado en: Forer, Andreas y López Díaz, Claudia. Bogotá: Gesellschaftfur Technische Z., 2012.

La responsabilidad penal de los terceros civiles en el conflicto desde una aproximación constitucional

Nataly Macana Gutiérrez*

Resumen

El presente escrito busca analizar la decisión adoptada por la honorable Corte Constitucional colombiana en relación con la responsabilidad penal de los terceros civiles en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición contemplado dentro del acuerdo entre las FARC-EP y el Gobierno colombiano, y que fuera regulado a través del Acto Legislativo 01 de 2017. En virtud de lo anterior, el documento estudia qué es la justicia transicional, la verdad, y el SIVJRNR; posteriormente se aborda la naturaleza jurídica de la JEP para finalmente revisar la competencia de esta jurisdicción acerca de los terceros civiles a la luz de la Sentencia C-674 de 2017.

Palabras clave: responsabilidad penal, Corte Constitucional, justicia transicional, juicio de sustitución, JEP.

Abstract

The present paper seeks to analyse the decision adopted by the honorable Colombian Constitutional Court concerning the criminal liability of third

* Docente de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

parties in the comprehensive integral system of truth, justice, reparation and non-repetition contemplated within the Agreement between the FARC-EP and the Colombian government, and which was regulated through legislative Act 01 of 2017. Under above the document studies that it is transitional justice, truth, and SIVJRNR; It then addresses the legal nature of the JEP in order to finally revise the jurisdiction of this Court in relation to third-party civilians in the light of the Judgment C-674 of 2017.

Keywords: criminal responsability, Constitutional Court, transitional justice, substitution judment, JEP.

Introducción

Colombia es un Estado que ha tenido un conflicto armado de carácter no internacional por más de cuarenta años. En este lapso se han cometido conductas que vulneran derechos humanos y las disposiciones del derecho internacional humanitario, razón por la cual dentro de las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP se estableció la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.

Este sistema cuenta con un mecanismo de justicia denominado Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP) a la cual deberán comparecer los miembros de las fuerzas en combate. Sin embargo, existen unos sujetos que contribuyeron al conflicto ya sea de manera directa o indirecta, sin ser parte de las fuerzas combatientes. Estos sujetos son los denominados terceros civiles, los cuales de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional acudirán de manera potestativa a la JEP. En virtud de lo anterior, la presente ponencia busca determinar si la no comparecencia obligatoria de los terceros civiles al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (en adelante, SIVJRNR) impide alcanzar el fin de verdad del modelo de justicia transicional, a partir de una aproximación constitucional.

En la primera parte del texto se aborda el concepto de justicia transicional, la verdad como elemento de esta, y el SIVJRNR; posteriormente, se abordará la naturaleza jurídica de la JEP para finalmente revisar la competencia de esta jurisdicción en relación con los terceros civiles a la luz de la Sentencia C-674 de 2017.

1. Justicia transicional

1.1. Concepto de justicia transicional

Como se mencionó previamente, el propósito del presente texto es analizar si la no comparecencia de los terceros civiles de forma obligatoria al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (en adelante, SIVJRNR) impide alcanzar el fin de verdad del modelo de justicia transicional, razón por la cual es necesario en un primer momento definir este concepto.

La justicia transicional requiere comprenderse, como lo señalan O'Donell y Schmiter[1], desde una concepción de justicia que responde a cambios políticos. Este concepto ha sido aceptado por la honorable Corte Constitucional, la cual ha señalado que este tipo de procesos generan transformaciones sociales y políticas de gran profundidad a través de mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales, comprendiendo, "el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos"[2], a partir de los cuales se pretende ofrecer soluciones a las necesidades de justicia que se generan en relación con la comisión de crímenes en contextos de violencia[3].

De esta forma, la justicia transicional se presenta en escenarios de transición de un régimen político a otro[4], constituyéndose en un elemento esencial que genera un equilibrio frente a los intereses de los diversos agentes que "participan en el proceso de transición hacia la democracia o hacia el fin del conflicto armado" a través de los cuales se presentan beneficios

---

[1] Guillermo A. O'Donnell y Philippe C. Schmitter, *Transitions from authoritarian rule*, (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986).

[2] Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos". S/2004/616, (Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 3 de agosto de 2004), 6; Sentencia C-771/11, (Corte Constitucional 13 de octubre de 2011). Consultado, abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-771-11.htm.

[3] Ruti G. Teitel, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69.

[4] Jon Elster, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, 1ª ed., Conocimiento, (Buenos Aires, Madrid: Katz, 2006), 15.

penales para las partes en conflicto, y se relacionan directamente con la reparación apropiada y proporcional a las víctimas[5].

En virtud de lo anterior, se puede señalar que la justicia transicional es un sistema de justicia con características particulares, la cual surge en escenarios específicos y de manera excepcional[6], suponiendo de esta forma más que la justicia restaurativa, pues busca a través de mecanismos excepcionales de justicia pasar "de un peor a un mejor estado"[7].

De esta forma, la justicia transicional alude transformaciones sociales, ya sea que se encuentren en situación de conflicto o de posconflicto, encaminada a la búsqueda de la paz. Este escenario genera tensiones entre la paz y la justicia, pese a que el propósito de este tipo de procesos es llegar al conocimiento de la verdad y la reparación, y al esclarecimiento de los hechos que acontecieron en el marco del contexto de violencia.

Se entiende, entonces, que en los marcos transicionales, la justicia busca hacer efectivos los fines esenciales de este tipo de mecanismos como el derecho a la paz, la verdad, la justicia y la reparación[8]. De esta forma, su objeto fundamental, en palabras de Minow, es "hallar una respuesta a las atrocidades que se ubique en un punto intermedio entre la venganza y el perdón que hacen parte de los esfuerzos colectivos que se realizan a través de la justicia penal, las reparaciones y el esclarecimiento de la verdad"[9].

Igualmente, se puede afirmar por parte de la doctrina que las víctimas son el eje fundamental de los procesos de justicia transicional, por lo cual "el derecho de las víctimas a la reparación debería constituir el pilar central de la justicia transicional"[10].

---

[5] Luis Garay Salamanca y Fernando Vargas Valencia, *Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima* ([Place of publication not identified]: Universidad Externado de Colombia, 2012), 62 y ss.

[6] Sentencia C-771/11.

[7] Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, eds., *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, (Montevideo, Uruguay, 2009), 28. Consultado abril 22, 2019, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c6012f10-4557-5aa7-12dc-cac8ef7c350f&groupId=252038

[8] Sentencia C-771/11.

[9] Ibíd.

[10] Ibíd.

La justicia transicional para la Corte Constitucional colombiana es una institución jurídica que pretende reunir esfuerzos colectivos encaminados a enfrentar "las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes"[11], lo que reafirma que dentro de esta institución se presenten herramientas que ofrecen tratamientos punitivos más condescendientes que los contemplados en los sistemas jurídico-penales ordinarios.

Lo anterior permite que la Corte Constitucional considere que la justicia transicional:

> Busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)[12].

Así mismo, para la Corte Constitucional, la justicia transicional tiene los siguientes elementos: i) mecanismos o acciones que se usan para lograr un fin —conjunto de procesos—; ii) cambios políticos reflejados en el componente político participativo y, iii) mecanismos para enfrentar las violaciones masivas de DD. HH. cometidas por particulares y agentes del Estado[13].

---

[11] Sentencia C-052/12 (Corte Constitucional 8 de febrero de 2012). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-052-12.htm; Sentencia C-579/13 (Corte Constitucional 28 de agosto de 2013). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm; Sentencia C-577/14 (Corte Constitucional 6 de agosto de 2014). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm

[12] Sentencia C-579/13, Cons. 6.1.1.

[13] Sentencia C-577/14.

Lo anterior permite identificar que el esquema de la justicia transicional, además de propender por la conservación de la paz[14], se caracteriza por el cambio normativo, lo que lleva a que finalmente exista una adhesión a la convención establecida que posibilita la transformación en el Estado[15]. Esto permite que mecanismos de justicia transicional sean adoptados por el Estado colombiano en virtud de la transcendencia de la paz como valor, derecho y deber constitucional que tiene un "lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la constitución"[16], y que requiere de variados factores tanto políticos como sociales, económicos e ideológicos[17], lo que lo convierte en un presupuesto del sistema democrático y en condición necesaria para el efectivo goce de derechos fundamentales[18].

En virtud de sus características particulares, la honorable Corte Constitucional ha entendido que los procesos de justicia transicional tienen una serie de objetivos especiales como lo son: i) el reconocimiento de las víctimas; ii) el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron; iii) la reconciliación y, iv) el fortalecimiento de la democracia[19]; todo ello teniendo presente que son elementos de la justicia transicional la verdad como condición para la paz, y la justicia, lo que permite que esta última sirva para la primera, al ser un producto común de los procesos judiciales, y la primera colabora a la segunda en una relación simbiótica, al permitir la identificación de los perpetradores y ser un instrumento de justicia para las víctimas[20].

---

[14] Teitel, "Transitional Justice Genealogy", 69.

[15] Ruti G. Teitel y María José Viana Cleves, *Justicia transicional*, primera edición en castellano, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 513.

[16] Sentencia C-578/02, (Corte Constitucional, 30 de julio de 2002). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm

[17] Sentencia T-008/92, (Corte Constitucional). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm

[18] Sentencia T-102/93, (Corte Constitucional, 10 de marzo de 1993). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-102-93.htm

[19] Sentencia C-694/15 (Corte Constitucional, 11 de noviembre de 2015). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-694-15.htm

[20] Ibíd.

Así, se señala que el sistema penal es solo un mecanismo en la justicia transicional, el cual presenta dificultades propias que surgen de la concepción social, según la cual la justicia requiere de castigos, situación que no se constituye en regla general dentro de los procesos de justicia transicional debido a que en estos no se habla de una justicia retributiva.

Se entiende que no se pueden amnistiar ni indultar conductas que constituyan graves crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio. En virtud de ello, los mecanismos penales establecidos de justicia transicional requieren de la justicia penal como un mecanismo complementario para alcanzar sus objetivos, como previamente se señaló. De esta forma, es necesario establecer qué sujetos deben acudir a los sistemas de justicia penal contemplados dentro de la institución de la justicia transicional, situación que fue contemplada dentro del acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, y que será abordado posteriormente.

Sin embargo, previo a estudiar el SIVJRNR, se explicará brevemente el elemento de verdad, y su relación con la justicia como elementos básicos de la justicia transicional.

1.2. La verdad como elemento de la justicia transicional

Se entiende que en los procesos de justicia transicional la verdad es un elemento que se articula en la concreción de los elementos de justicia, reparación y no repetición, siendo uno de los pilares para un proceso de transición adecuado[21], permitiendo de esta forma que se reconozcan los derechos de las víctimas, y se genere memoria a través de la documentación de los diversos hechos violentos[22].

Dentro de los procesos de justicia transicional, la verdad es un derecho de las víctimas relacionado con el conocimiento de los hechos acontecidos durante el conflicto, en relación con la comisión de conductas que configuran crímenes atroces[23].

---

[21] César Niño González, "Exportación de conocimiento: Colombia como proveedor de seguridad para la lucha contra el terrorismo y el crimen internacional", *Via Inveniendi Et Iudicandi* 11, n.º 2 (2016). https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/download/3277/3089

[22] Luis G. Ortega y Juan P. García, "La verdad en la justicia transicional", *IUSTA* 1, n.º 50 (2019). https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/download/4886/4601

[23] Tatiana Rincón Covelli, "Los derechos a la verdad y a la justicia", en *Verdad, justicia*

La verdad ha sido entendida por la honorable Corte Constitucional como "la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real"[24]. Esto permite señalar que la verdad es una garantía para conocer de manera exhaustiva y completa los hechos y las circunstancias que permitieron la vulneración de sus derechos[25]. Esto con el propósito de que se den los procesos de reconciliación, para lo cual es vital el "reconocimiento y difusión pública de las atrocidades pasadas" a través de un "acuerdo básico sobre lo ocurrido y la explicación de por qué ocurrió"[26].

Adicionalmente, la verdad como derecho ha sido reconocida y desarrollada tanto en decisiones judiciales de la Corte Constitucional, como por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde dimensiones individuales y colectivas, y sostienen que es de naturaleza autónoma, y garante para la realización de otros derechos. Esta postura fue aceptada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-275 de 1994, en donde se entendió que las víctimas tenían derecho a conocer la verdad, y que este derecho está conectado con el acceso a la justicia y el respeto a la dignidad humana[27].

Igualmente, esta Corporación ha señalado que el derecho a la verdad guarda una relación intrínseca con la justicia y la reparación, en la medida en que impide la impunidad en virtud de la obligación de los Estados de investigar de manera seria, responsable, imparcial, integral y sistemática los hechos que se generaron en el marco del conflicto, lo que permite que se esclarezca lo sucedido, por lo que se entiende que la verdad "es un paso necesario de la garantía del derecho a la justicia"[28].

---

y reparación: la justicia de la justicia transicional, editado por Tatiana Rincón Covelli, 1. ed., Colección Debates Democráticos, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 56.

[24] Sentencia C-228/02, (Corte Constitucional, 3 de abril de 2002). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm

[25] Sentencia T-576/08 (Corte Constitucional, 5 de junio de 2008). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-576-08.htm

[26] Sentencia C-017/18, (Corte Constitucional, 21 de marzo de 2018). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-017-18.htm

[27] Ibíd.

[28] Ibíd.

Todo lo anterior al estipular el derecho a la verdad no solo como el mero conocimiento de los hechos que acontecieron, sino como la comprensión de lo que aconteció. Sin embargo, es necesario comprender que existe una verdad judicial y una extrajudicial, siendo la primera la reconstrucción de los hechos a través de los procesos penales por medio de la recopilación de evidencias, de la práctica de pruebas y la contradicción de estas. Este tipo de verdad está limitada por la sanción a los responsables, por lo cual no apunta a satisfacer las necesidades de las víctimas. Por otra parte, se encuentra la verdad extrajudicial que parte del reconocimiento de la historia de las víctimas y de la época de violencia, la cual se puede construir a través de las comisiones de la verdad. En el presente caso se está abordando el problema desde la dimensión judicial, por lo que es necesario comprender cómo se diseñó el SIVJRNR.

1.3. El Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR)

El SIVJRNR fue contemplado en el punto quinto del acuerdo de La Habana, firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, entendido como un "sistema compuesto por diferentes mecanismos judiciales y extra judiciales"[29], cuyo propósito es lograr los pilares de la justicia transicional a través de la satisfacción de los derechos de las víctimas, la cual está compuesta por i) la comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición; ii) la Unidad para la Búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; iii) la Jurisdicción Especial para la Paz y, iv) las medidas de reparación integral.

Se trata de un sistema integral en la medida en que los mecanismos contemplados se encuentran interconectados, "a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia"[30]. Se planteó la integralidad del sistema para

---

[29] Alto Comisionado para la Paz, *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición*, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/PR-Sistema-integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-no-Repeticion.aspx

[30] Alto Comisionado para la Paz, *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición*, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/

garantizar de esta forma los derechos de las víctimas, y del grupo social en el tránsito hacia la consolidación de la paz evitando que alguno de los mecanismos se sobrepusiera a los demás, y sin que se duplicaran las tareas entre estos.

Este sistema se aplica a aquellos que participaron de manera directa e indirecta en el conflicto armado, así como a las víctimas tanto del Estado, como de la guerrilla y de los grupos paramilitares por medio de un escenario institucional transitorio, en donde los mecanismos trabajan coordinadamente con enfoque diferencial y de género[31]. En virtud del tema que se aborda, se analizará el mecanismo de Jurisdicción Especial para la Paz.

2. Naturaleza de la Jurisdicción Especial para la Paz

El Estado colombiano, al ser un Estado moderno, no responde a la clásica tridivisión del poder público, la cual fue superada en el desarrollo de los Estados en virtud de las necesidades, obligaciones y deberes que estos deben cumplir en relación con los requerimientos sociales[32].

En virtud de ello, se entiende que es poco probable que las ramas del poder público puedan abarcar todas las necesidades sociales, razón por la cual dentro de las discusiones de la Constitución Política de 1991 se reconoció que el Estado, en relación con su organización y funciones, había rebasado las doctrinas tradicionales, y se contemplaron órganos que no se ubicarán dentro de las ramas tradicionales del poder público, "porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas"[33].

---

proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/PR-Sistema-integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-no-Repeticion.aspx

[31] Jurisdicción Especial para la Paz, "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición", https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Sistema-Integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-NoRepeticion.aspx

[32] Ileana Marlitt Melo Salcedo, *Los órganos autónomos e independientes*, (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015), http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/11232/377/1/CienciasSocialesyHumanas358.pdf

[33] Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* 59, (abril 25, 1991): 1-13.

De esta forma, los constituyentes comprendieron la necesidad de establecer órganos distintos de los contemplados tradicionalmente dentro de la estructura tripartita del Estado, y los separó de las ramas del poder público al entender que sus funciones, obligaciones y fines no se enmarcan en las desplegadas por las ramas. Este cambio, en la concepción del Estado se materializó a través del artículo 113 de la norma constitucional, en la cual señala que:

> Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva y la judicial. *Además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (énfasis añadido).

Estas autoridades u órganos administrativos han sido contemplados para las áreas económicas o sociales, dentro de estas últimas se encuentran aquellas establecidas para la garantía y protección de los derechos fundamentales, que requieran, en virtud de su complejidad, de conocimientos técnicos y especializados[34].

Todo lo anterior nos permite comprender que estamos frente a "entidades sin o con personería jurídica, de derecho público, creadas por la Constitución o con sujeción a la Ley, que no pertenecen a ninguna de las tradicionales Ramas del poder público", que al ser autónomas e independientes no dependen de las orientaciones, decisiones ni directrices de las tradicionales ramas y sus entes de dirección. Sin embargo, es necesario que estas autoridades u organismos atiendan al principio de colaboración armónica y de los demás fines con el propósito de alcanzar los cometidos estatales[35].

De estas autoridades u organismos se predica igualmente "poderes de regulación, reglamentación, gestión o control", dentro de la autonomía e independencia que las caracteriza, siendo la autonomía un principio de organización administrativa que supone unas libertades en el manejo

---

[34] Ileana Marlitt Melo Salcedo, *Los órganos autónomos e independientes*.

[35] Ibíd.

de asuntos administrativos, patrimoniales y financieros. En el caso de la independencia, se entiende que hace referencia a que estas autoridades u organismos no dependen de otros órganos, organizaciones o ramas en temas de dirección, regulación y control[36].

La Jurisdicción Especial para la Paz surge en el acuerdo de La Habana como uno de los componentes del SIVJRNR, cuyo propósito es ayudar a consolidar la paz a través de la satisfacción de los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad, a la reparación y no repetición. Esta jurisdicción surge del reconocimiento por parte de las partes de la existencia de conductas graves y representativas que se presentaron en relación con el conflicto y en el contexto de este, y que por su naturaleza no pueden ser indultadas ni amnistiadas, por lo cual requieren ser investigadas, juzgadas y sancionadas.

Sin embargo, y contrario a lo que sucedió en el marco del proceso de justicia transicional con los grupos paramilitares, no se crearon dentro de la jurisdicción ordinaria salas especializadas para conocer de este tipo de conductas, ni en las instituciones estatales como la Fiscalía General de la Nación, unidades que se encargarán específicamente de estos asuntos, sino por el contrario, se acordó la creación de una jurisdicción con un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, la cual estará encargada de administrar justicia de manera transitoria, independiente y autónoma. Igualmente, esta jurisdicción conoce de manera preferente, en relación con las demás jurisdicciones, y de manera exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado[37].

En virtud de estas características, es posible señalar que la JEP es una autoridad u órgano administrativo independiente con funciones jurisdiccionales, que fue creado en virtud de las necesidades de justicia del proceso de justicia transicional, razón por la cual no puede ser ubicada dentro de la Rama Judicial del poder público. Adicionalmente, es necesario tener

---

[36] Ibíd.

[37] Acuerdo n.º 001 de 2018, Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (marzo 9, 2018). Consultado abril 22, 2019, https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Sala%20Plena%20Acuerdo%20001%20de%202018%20Reglamento%20general%20JEP.pdfArt. 2; Acto Legislativo 01 de 2017, Congreso de la República de Colombia (abril 4, 2017). Consultado abril 22, 2019, http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf

presente que esta jurisdicción tiene competencia *ratio temporal*, en la medida en que conoce de hechos acontecidos previamente al 1 de diciembre del 2016, por lo que su competencia es transitoria; *ratio materia* en la medida en que conoce de conductas cometidas en el marco del conflicto armado y, *ratio persona* en tanto su jurisdicción aplica en relación con quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto, es decir: i) los miembros de los grupos guerrilleros que suscribieron el acuerdo y dejaron las armas, ii) los agentes del Estado que cometieron delitos en el contexto y en razón del conflicto armado y, iii) las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados participaron de manera indirecta en el conflicto armado.

Teniendo clara la naturaleza jurídica de la JEP, se procederá a estudiar la competencia de esta en relación con los terceros civiles.

3. Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz sobre los terceros civiles

Los terceros civiles son aquellos sujetos que sin ser parte de las organizaciones o grupos armados contribuyeron en la comisión de las conductas de manera directa o indirecta, a través de la colaboración o financiación, y que tienen responsabilidad en la comisión de los crímenes.

Este punto fue abordado dentro de las negociaciones, generando gran controversia, pues se entendía que empresarios podrían ser llamados por la JEP. El acuerdo señaló en el punto 5.1.2 numeral 15 que "el funcionamiento del componente de justicia del SIVJRNR es inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado"[38]. Así mismo, el numeral 32 del acuerdo —referido a la competencia desde el criterio subjetivo— señala que la competencia del mecanismo de justicia abarcaba a quienes incurrieron en conductas "de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier otro actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación

[38] Gobierno de Colombia, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera" (noviembre 24, 2016), http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf

determinante en la comisión de los crímenes competencia de esta jurisdicción, según lo establecido en el numeral 40[39], salvo que previamente hubieren sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas"[40].

De esta forma se entendía que la comparecencia de los terceros al SIVJRNR era obligatoria, sin embargo se acogió una fórmula general en el numeral 63 del documentos en el que se señalaba que:

> Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, *podrán* acogerse a los mecanismos de justicia, sin perjuicio de lo establecido en los numerales 32, 48t y 58e de este documento, y recibir el tratamiento especial que las normas determinen siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición (cursivas en el texto original).

Esto permite entender que, si bien en un principio frente a este tipo de sujetos se contempló una competencia obligatoria de la JEP, en el mismo acuerdo también se contemplaba una comparecencia voluntaria de los terceros.

Adicionalmente, el Acto Legislativo 01 de 2017 en el artículo transitorio 16 determinó que la comparecencia de estos individuos es voluntaria, de conformidad con el inciso primero, pero obligatoria en el marco del inciso segundo, como se puede observar de su tenor literal:

---

[39] "40. No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. En la ley de amnistía se determinarán las conductas tipificadas en la legislación nacional que no serán amnistiables, siempre que se correspondan con los enunciados anteriores. Las normas precisarán el ámbito y alcance de estas conductas en concordancia con lo previsto en el Estatuto de Roma, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario".

[40] Gobierno de Colombia, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera". Punto 32.

> Artículo transitorio 16°. Competencia sobre terceros. Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.
>
> Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados.
>
> En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otros medios de pruebas.

Esta disposición fue revisada por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-674 de 2017, a partir de la cual se consideró que la disposición cumplía con los criterios de conexidad material —el acceso potestativo a la competencia de la JEP se encuentra contemplado dentro del Acuerdo Final— y con la conexidad teleológica, al considerar que el contenido del artículo transitorio cumplía con el propósito de facilitar y asegurar la implementación del acuerdo. Sin embargo, la Corte también

analizó el artículo a través del juicio de sustitución constitucional, como se procederá a explicar.

3.1. El juicio de sustitución constitucional

La Constitución Política es una norma superior que surge del constituyente primario, sin embargo, se entiende que esta no puede contener cláusulas pétreas, sino que por el contrario debe tener cierto margen de dinamicidad que permita su adaptación a los cambios sociales que el colectivo experimenta. En virtud de esta realidad, el mismo texto contempla competencias para el constituyente derivado que le permiten realizar reformas al texto constitucional, poder que es limitado en la medida en que el legislador como constituyente secundario no puede sustituir la Constitución, entendiendo por sustituir la creación de una nueva norma constitucional.

Lo anterior teniendo presente que toda reforma al texto constitucional

> debe cumplir con las reglas establecidas en el mismo "debido a que no es más que un acto político, el cual no debe atentar contra los mandatos y la esencia ideológico-política del texto constitucional[41]. En virtud de esta situación, la Corte Constitucional como guardiana del texto constitucional ha establecido el juicio de sustitución "con el fin de advertir qué tan adecuada ha sido la reforma o, en su defecto, identificar si se ha trascendido al plano de la sustitución"[42].

El juicio de sustitución busca determinar si el constituyente derivado ha observado las normas concernientes a las reformas constitucionales, razón por la cual la Corte busca advertir si existió o no una extralimitación por parte del Congreso, ya que de presentarse la extralimitación nos encontraríamos frente a un vicio de competencia[43].

---

[41] Carlos Amaya Rodríguez, "El control constitucional a las reformas constitucionales: el juicio de sustitución constitucional", *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* 8 (2015): 66. https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/41508/43023

[42] Amaya Rodríguez, "El control constitucional a las reformas constitucionales", 67.

[43] Manuel Fernando Quinche Ramírez, *El control de constitucionalidad*, 1.ª ed., Colección de Texto de Jurisprudencia, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013), 111.

De esta forma, el juez constitucional ejercerá control a través del juicio de sustitución, entendiendo por este una herramienta que le permite determinar si se han excedido los límites establecidos a través de un ejercicio de interpretación normativa —se realiza una interpretación sistemática y teleológica entre los principios del texto constitucional y la norma propuesta en la reforma—, toda vez que

> la constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución[44].

El Acto Legislativo 01 de 2017 fue sometido a juicio de sustitución a pesar de que el mismo, de conformidad con la Corte, requirió de algunas particularidades las cuales se refirieron en primera medida a las facultades normativas especiales bajo las cuales se expidió el acto legislativo, en segundo lugar, el hecho de que el acto legislativo está referido a una transición de un escenario de conflicto a uno de paz, y tercero relacionado con la consagración del SIVJRNR. En virtud de estas características particulares, el juicio recayó sobre todas las medidas legislativas de la reforma. Igualmente, el juicio se realizó identificando dentro de la reforma los elementos que podrían llegar a ser problemáticos desde la perspectiva de la sustitución, y luego se los confrontó con los ejes esenciales de la Constitución que se podrían ver comprometidos. Finalmente, en el caso del Acto Legislativo 01 de 2017, el juicio de sustitución constitucional a diferencia del juicio ordinario apuntó a determinar en abstracto la validez de este.

3.2. El juicio de sustitución del artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017

Al realizar el juicio de sustitución del Acto Legislativo 01 de 2017, la Corte tuvo presente que se estaba frente a un escenario de transición, en el cual

---

[44] Sentencia C 551/03 (Corte Constitucional 9 de julio de 2003). Consultado abril 22, 2019, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htmCons. 28

el análisis se debía surtir teniendo como prioridad la paz como principio, valor y derecho sin que eso significara que existía una justificación para alterar los diseños del constituyente primario, lo que se traduce en que la reforma no significaba el no escrutinio judicial o la validación de cualquier modificación bajo el amparo global de la paz. De esta forma, el Tribunal Constitucional empleó el juicio de sustitución dentro de una lógica de ganancias y concesiones entre bienes y derechos constitucionales.

En relación con el tema que nos convoca, el artículo transitorio 16 del Acto Legislativo, en comento el juicio de sustitución se realizó de la siguiente forma: se tomaron como premisa mayor i) relativo al reajuste institucional los principios de supremacía constitucional, de separación de poderes y de independencia judicial; ii) en relación con los elementos esenciales vinculados a los instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición, primero la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH, la garantía de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, y iii) finalmente, la garantía del juez natural como componente del debido proceso.

En lo concerniente a la supremacía constitucional se señaló, incluso desde la Sentencia C-699 de 2016, que la flexibilización de la norma constitucional sobre el proceso de transición con las FARC-EP no anulaba el principio de rigidez constitucional, sino que se podía moderar en el presente escenario, a través de procedimientos flexibles de carácter excepcional y transitorio referidos exclusivamente a la implementación del Acuerdo Final, siendo más gravosos que los ordinarios. En cuanto a la independencia judicial como elemento medular del ordenamiento constitucional, se entendió en primera instancia que el mismo constituye una derivación directa de los principios de separación de poderes y de legalidad, como presupuestos de la función jurisdiccional y del debido proceso. Frente a la obligación de investigar y juzgar infracciones a los DD. HH. y al DIH, se entiende por la Corte que este puede flexibilizarse cuando se busca una "ganancia efectiva en términos de consecución de la paz, de la verdad, de la reparación a las víctimas, y de la obtención de garantías de no repetición", siempre que se preserve el mínimo irreductible de investigar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.

En relación con el juez natural, la Corte señala en esta sentencia que el mismo es un componente esencial del derecho al debido proceso, el cual permea todo el ordenamiento superior, y que plantea un límite de competencia relativo al el constituyente secundario, en virtud de su intrínseca relación con libertades fundamentales y con el principio democrático. De esta forma, el punto central del juicio de sustitución relacionado con los terceros civiles está asociado con el juez natural.

Entiende el Tribunal Constitucional que la garantía del juez natural exige la predeterminación legal del juez competente, y "que la asignación de competencias en el sistema de justicia obedezca a una misma lógica que permee todo el aparato judicial", de forma que las controversias sometidas a las instancias judiciales preserven las garantías procesales que se establecieron en función del derecho al debido proceso. Así, se confirma que la garantía de juez natural, la cual encuentra sustento tanto a nivel nacional como en el sistema mundial e interamericano de DD. HH., comprende dos exigencias básicas: primero la predeterminación y la preconstitución legislativa del órgano judicial competente, lo que se traduce en que el órgano de representación democrática establezca la instancia jurisdiccional frente a la cual se resolverán las controversias jurídicas; y, segundo, que estas sean resueltas con fundamento en las reglas de competencia previamente establecidas. De esta forma, las personas solo podrán ser sometidas ante tribunales constituidos con anterioridad a los hechos.

El propósito de esta garantía es que, al existir una predeterminación del órgano judicial competente, los sujetos conocen de manera previa el órgano jurisdiccional, el tipo de juicio y el régimen procesal y sustantivo al cual serán sometidos, lo que permite preservar la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos en la administración de justicia. Igualmente, esta garantía permite un nivel de estabilidad jurídica relacionada con la interpretación y aplicación de las normas, ya que los cambios de jueces en relación con su especialidad generan cambios hermenéuticos propios de cada jurisdicción.

Entiende el Tribunal que esta garantía se traduce en la prohibición de tribunales, jueces de excepción o de jueces *ad hoc*, en la medida en que el cambio de competencia puede afectar la independencia, imparcialidad y neutralidad del operador de justicia. Por lo que se entiende que la exigencia en relación con esta garantía está conectada con la asignación

de competencia a órganos constituidos regularmente, que responde a las reglas generales definidas para el poder judicial y que cuenta con todas las garantías requeridas para la solución de la litis. Lo anterior no significa *per se* que no se puedan crear instancias jurisdiccionales especializadas, sino que a criterio del Tribunal Constitucional estas "deben responder al mismo esquema institucional de la denominada 'jurisdicción ordinaria', y que, por tanto, detenten sus mismas garantías de independencia, imparcialidad e idoneidad"[45].

La Corte Constitucional desde la Sentencia C-200 de 2002 fue posible modificar las reglas de competencia, y aplicarlas de manera ultra-activa, sobre la base de tres supuestos: i) que el traslado de competencia se efectué frente a instancias judiciales preconstituidas, y dentro de la jurisdicción ordinaria, de suerte que no altere la naturaleza del organismo competente; ii) que el traslado no se efectúe en razón de criterios coyunturales vinculados a la calidad de los sujetos objeto de juzgamiento, y iii) sobre la base de que el traslado de la competencia no implica un cambio de régimen jurídico.

Esto le permite concluir a la Corte que es posible asignar funciones jurisdiccionales a instancias administrativas siempre que se preserven las condiciones de independencia e imparcialidad, que no se asuman materias vedadas por el ordenamiento superior y que sean acotadas y definidas en el derecho sustancial.

Pese a lo anterior, la honorable Corte consideró que someter de manera forzosa a los terceros civiles; como se consagraba en el inciso segundo del artículo transitorio 16, era inconstitucional porque vulneraba el principio de juez natural con base en las siguientes razones: i) no ha desaparecido la institucionalidad, por lo cual no existe justificación para la creación de nuevas instancias jurisdiccionales; ii) la estructura de la JEP se basa en principios distintos a los que orientan la Rama Judicial, y esto lleva a que la primera no esté dentro de la segunda, por lo que su conformación y funcionamiento difieren, lo que podría generar dificultades acerca de las garantías de independencia, imparcialidad y neutralidad; y iii) debido a que el diseño institucional de la JEP parte del Acuerdo Final entre el

[45] Sentencia C-674/17, (Corte Constitucional, 14 de noviembre de 2017). http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm

Gobierno y las FARC-EP, por lo que responde a los requerimientos de algunos de los actores del conflicto y no puede ser impuesta forzosamente a los demás sujetos, caso en el cual se sustituiría la disposición constitucional relacionada con el juez natural.

Conclusiones

La JEP al ser un organismo autónomo e independiente, para la honorable Corte Constitucional no era plausible, pese a que se tratara de un proceso de justicia transicional, que se hiciera un traslado de jurisdicción en relación con los terceros civiles, pues se trataba de una sustitución constitucional que afectaba los pilares esenciales del diseño constitucional del Estado colombiano.

Escenario que encuentra problemáticas relacionadas con la naturaleza del mecanismo de justicia del SIVJRNR, en relación con que esta jurisdicción tiene una competencia *ratione materiae* que haría más fácil los procesos de investigación y juzgamiento en virtud de los contextos en los cuales se cometieron las conductas, a lo que se suma la competencia *ratione temporis*, a partir de la cual la JEP conoce de conductas cometidas en un margen de tiempo determinado.

En cuanto al derecho a la verdad, es necesario entender que este se satisface tanto en escenarios judiciales como extrajudiciales, por lo que la comparecencia potestativa de los terceros civiles al mecanismo de justicia del SIVJRNR no afecta este pilar esencial de la justicia transicional, siempre que se acuda a los diferentes mecanismos, toda vez que es un sistema integral.

Todo ello permite concluir que la no comparecencia de los terceros civiles de manera obligatoria a la JEP fue declarada inconstitucional por considerarse que sustituía la Constitución Política, al afectar la garantía del juez natural, sin embargo, esto no afecta la búsqueda de la verdad, dado que el sistema al ser integral contempla tanto la verdad judicial como extrajudicial.

Bibliografía

Acuerdo n.º 001 de 2018. Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. 9 de marzo de 2018. Consultado abril 22, 2019. https://www.jep.gov.co/

Marco%20Normativo/Sala%20Plena%20Acuerdo%20001%20de%202018%20Reglamento%20general%20JEP.pdf.

Alto Comisionado para la Paz. *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición*. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/PR-Sistema-integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-no-Repeticion.aspx.

Amaya Rodríguez, Carlos. "El control constitucional a las reformas constitucionales: el juicio de sustitución constitucional". *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* 8 (2015): 65-82. https://doi.org/10.5354/rdep.v0i8.41508. https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/41508/43023.

Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela, (eds.). *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo, Uruguay, 2009. Consultado abril 22, 2019. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c6012f10-4557-5aa7-12dc-cac8ef7c350f&groupId=252038.

Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional* 59. Abril 25, 1991.

Acto Legilsativo 01 de 2017. Congreso de la República de Colombia. Abril 25, 2017. Consultado abril 22, 2019. http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos". S/2004/616, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 3 de agosto de 2004.

Elster, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. 1ª ed. Conocimiento. Buenos Aires, Madrid: Katz, 2006.

Garay Salamanca, Luis y Vargas Valencia, Fernando. *Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Gobierno de Colombia, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo. "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", noviembre 24, 2016. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf.

Jurisdicción Especial para la Paz. "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición". https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Sistema-Integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-NoRepeticion.aspx.

Melo Salcedo, Ileana Marlitt. *Los órganos autónomos e independientes*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015. http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/11232/377/1/CienciasSocialesyHumanas358.pdf.

Niño González, César. "Exportación de conocimiento: Colombia como proveedor de seguridad para la lucha contra el terrorismo y el crimen internacional". *Via Inveniendi Et Iudicandi* 11, n.º 2 (2016): 87-104. https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/download/3277/3089.

O'Donnell, Guillermo A. y Schmitter, Philippe C. *Transitions from authoritarian rule*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986.

Ortega, Luis Germán y García, Juan Pablo. "La verdad en la justicia transicional". *IUSTA* 1, n.º 50 (2019): 39-63. https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/download/4886/4601.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El control de constitucionalidad*. 1.ª ed. Colección de Texto de jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Rincón Covelli, Tatiana. "Los derechos a la verdad y a la justicia". En *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Editado por Tatiana Rincón Covelli. 1. ed., 45-71. Colección Debates democráticos. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

Sentencia T-008/92. Corte Constitucional. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm.

Sentencia T-102/93. Corte Constitucional, 10 de marzo de 1993. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-102-93.htm.

Sentencia C-228/02. Corte Constitucional, 3 de abril de 2002. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm.

Sentencia C-578/02. Corte Constitucional, 30 de julio de 2002. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm.

Sentencia C-551/03. Corte Constitucional, 9 de julio de 2003. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm.

Sentencia C-970/04. Corte Constitucional, 7 de octubre de 2004. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-970-04.htm.

Sentencia T-576/08. Corte Constitucional, 5 de junio de 2008. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-576-08.htm.

Sentencia C-771/11. Corte Constitucional, 13 de octubre de 2011. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-771-11.htm.

Sentencia C-052/12. Corte Constitucional, 8 de febrero de 2012. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-052-12.htm.

Sentencia C-579/13. Corte Constitucional, 28 de agosto de 2013. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm.

Sentencia C-577/14. Corte Constitucional, 6 de agosto de 2014. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm.

Sentencia C-694/15. Corte Constitucional, 11 de noviembre de 2015. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-694-15.htm.

Sentencia C-674/17. Corte Constitucional, 14 de noviembre de 2017. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm.

Sentencia C-017/18. Corte Constitucional, 21 de marzo de 2018. Consultado abril 22, 2019. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-017-18.htm.

Teitel, Ruti G. "Transitional Justice Genealogy". *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69-94.

Teitel, Ruti G. y María José Viana Cleves. *Justicia transicional*, 1.ª ed. en castellano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Cuestiones de derecho internacional del derecho animal:
su protección en el derecho internacional privado, penal y comparado

Sergio Cortés Beltrán*

Resumen

El estatuto jurídico de los animales establecido en los sistemas jurídicos internacionales y nacionales que estudiaremos plantea interesantes problemas al derecho internacional privado en su parte general y especial.

Desde el punto de vista de la parte general, se plantean cuestiones de calificación jurídica por el tránsito de los animales de ser considerados como cosas (objetos del derecho) a seres sensibles o personas no humanas (sujetos del derecho). También pueden presentarse conflictos móviles en relación con los animales. Esto ocurre porque los animales pueden moverse y producir un cambio en el factor de conexión de tal manera que sus vínculos jurídicos, originalmente regulados por una legislación determinada, quedan sometidos a las leyes de otro país.

* Profesor asistente de Derecho Internacional Privado y de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Alberto Hurtado.

A su vez, la regulación jurídica de los animales plantea problemas que se relacionan con la limitación a la aplicación del derecho extranjero por normas de orden público o por normas de policía, cuando se considera que alguna legislación atenta contra las normas de protección de los animales consideradas como tales en algún Estado.

La regulación jurídica de los animales plantea en la parte especial del derecho internacional privado problemas en relación con el estatuto personal, estatuto real, derecho sucesorio, contratos, responsabilidad extracontractual y derecho penal.

Palabras clave: derecho animal, derecho internacional privado de los animales, derecho comparado de los animales, derecho internacional privado.

Abstract

The legal status of animals established in international and national legal systems —that we study— poses interesting problems to Private International Law in its general and special part.

From the point of view of the general part, categorization is raised by the transit of animals from being considered as things (objects of law) to sentient beings or non-human persons (subjects of law). Mobile conflicts can also occur in relation to animals. This occurs because animals can move and produce a change in the connection factor in such a way that their legal ties, originally regulated by a given legislation, are subject to the laws of another country.

In turn, the legal regulation of animals raises problems that are related to the limitation to the application of foreign law by rules of public order or by policy law, when it is considered that some legislation violates the rules of protection of animals considered as such in some State.

The legal regulation of animals raises, in the special part of Private International Law, problems in relation to personal status, real status, inheritance law, contracts, torts and criminal law.

Keywords: animal law, conflicts of law of animals, comparative animal law, conflicts of law.

Antecedentes

El movimiento animalista se basa fundamentalmente en la idea de que los animales tienen necesidades básicas e intereses que merecen un debido reconocimiento y protección. Pero en este movimiento existen dos corrientes que, en algunas ocasiones, se tornan irreconciliables: el bienestarismo y el abolicionismo.

La posición abolicionista sostiene que no se puede justificar la propiedad y el uso de animales, mientras que la postura bienestarista acepta el uso de animales y ciertas formas de propiedad sobre ellos. Dentro de los exponentes de las teorías bienestaristas destaca Jeremias Bentham, quien basándose en ideas utilitaristas pone el énfasis en la capacidad de sentir como la línea infranqueable para considerar tanto a los seres humanos como a los animales.

Otro autor que defiende posturas bienestaristas es Peter Singer, quien recurre al concepto de "especieísmo" para defender a los animales. Sostiene que esta es una concepción que conduce a la sustentación de una práctica discriminatoria que se hace en contra de aquellos individuos que no pertenecen a la especie humana. Singer enfatiza que el especieísmo es un prejuicio o actitud parcial favorable a los intereses de los miembros de nuestra propia especie y en contra de los animales.

Entre los autores que propugnan tesis abolicionistas destaca Gary Francione, quien sostiene que no se puede tratar los animales exclusivamente como recursos a disposición del hombre. Se les debe otorgar derechos, o protección del tipo de la proporcionada por los derechos, a los animales. Indica que sostener lo contrario es negarles significación moral y caer en lo mismo que fue la esclavitud.

1. Regulación de los animales en el derecho comparado

1.1. Unión Europea

En la Unión Europea (UE) existe una completa regulación sobre la materia. Los tratados constitutivos de la UE son entendidos como fuente primaria del derecho de la Unión Europea y brindan las reglas fundamentales de la actuación de la Unión.

En el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se establece, como un principio general, que los animales son seres

sintientes y por tanto los países miembros y las instituciones de la Unión deben tenerlo en cuenta en la realización y ejecución de políticas. Es decir, el bienestar animal se debe considerar por la UE al crear y aplicar ciertas políticas de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, pero priman las normas y costumbres de los estados miembros relacionadas a ritos o tradiciones. Esta modificación fue incorporada a través del Tratado de Lisboa, como parte de los preceptos relativos a la protección del medioambiente y de los consumidores[1].

1.2. Alemania

Las normas de protección animal en este país tienen su origen en la Alemania nazi. Resulta curiosa la preocupación nazi hacia el bienestar de los animales habida consideración al prontuario de este régimen en la violación sistemática de los derechos humanos.

En 1933 este régimen estableció la prohibición de la vivisección de animales, prohibición que fue atenuada al poco tiempo al permitir la experimentación a ciertas instituciones, siempre y cuando cumplieran con los requisitos establecidos a fin de eliminar el dolor de los animales y de evitar aquellos experimentos que fueran considerados como innecesarios. Esta prohibición formó parte de la Ley de Protección Animal o *Reichstierschutzgesetz*, que incluía también una prohibición de uso de los animales en eventos públicos que les pudieran causar daño a la salud, como en el caso de las filmaciones, y una regulación del sacrificio, en particular de los animales que se encontraran en malas condiciones y que continuó vigente hasta 1972 cuando fue sustituida por una ley más moderna y actualmente vigente, conocida como la Ley de Protección Animal o *Tierschutzgesetz*. En 1934 se dictó una ley que limitaba la caza de animales y en 1938 se introdujo la enseñanza de la protección animal como materia de estudio dentro de colegios públicos y universidades[2].

---

[1] Tiare Díaz y Toto Valentina, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina sobre la protección y el bienestar de los animales, con énfasis en la vivisección", (Tesis Licenciatura, Universidad de Chile, 2016), 34-36.

[2] Díaz, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina", 54.

A nivel constitucional encontramos una de las principales innovaciones en la regulación y protección de los animales. En la Ley Fundamental alemana —*Grundgesetz*— en el año 2002 se modificó el artículo 20a, que quedó titulado "Protección de los cimientos naturales de la vida y animales"[3].

El Código Civil de Alemania (BGB) les otorga una categoría jurídica distinta. El artículo 90 b) del BGB establece que "los animales no son cosas. Están protegidos por estatutos especiales. Son regidos por las normas que se aplican a los bienes con las necesarias modificaciones, excepto en lo que se disponga otra cosa". En 2006 se dictó la Ley de Bienestar Animal que regula la experimentación con animales, prohibiéndose en virtud de ella el testeo en animales y que garantiza estándares para que su cría sea libre de dolor y sufrimiento[4].

1.3. Austria

En Austria los animales se encuentran incorporados en su Constitución para garantizar su protección y bienestar. En el 2004 se incorporó a la Constitución austriaca un numeral al artículo 11.1, a través del cual la protección de los animales pasó a ser una de aquellas materias respecto de las cuales corresponde a la Federación legislar y a las provincias ejecutar. Es decir, la protección de los animales está garantizada por la propia Constitución, pero generando un mandato a las autoridades territoriales para legislar, sin especificar plazos ni formas de protección[5].

Pero previo a esta modificación, la Ley de 1° de julio de 1988 introdujo al Código Civil austriaco (ABGB) el artículo 285a, que establece que "los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones referidas a las cosas se aplican a los animales, en caso de no existir

---

[3] Señala dicho artículo: "Artículo 20a. Consciente también de sus responsabilidades hacia las futuras generaciones, el Estado protegerá los cimientos naturales de la vida y de los animales, a través de la legislación, y de conformidad al derecho y la justicia, por la acción ejecutiva y judicial, todo ello dentro del marco del orden constitucional".

[4] Díaz, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina", 55.

[5] "Artículo 11.1. En las siguientes materias, corresponde a la Federación legislar y a las provincias la ejecución: 8. Protección de los animales, en lo que no sea competencia de la legislación federal en atención a otras normas, con excepción en todo caso de la práctica de la caza y de la pesca".

una previsión diferente". Y también introdujo el artículo 1332a (ABGB) en el ámbito de la regulación de la indemnización debida, en su caso, por los costos derivados de un animal herido. Posteriormente, en el año de 1996 se reformó el artículo 250 (ABGB), que declaró la inembargabilidad de los animales que no se destinen a la venta, lo que significó un cambio notable en los procedimientos de ejecución. Finalmente, en 1997 entró en vigor la Ley Federal de Protección Animal —*Bundesgesetz über den Schutz der Tiere*—, que significó un avance en materia de bienestar animal al contener una exhaustiva regulación, que incluye prohibiciones a la crueldad, a la muerte de animales y a la venta o adquisición de ciertas especies de animales. Esta normativa también regula la experimentación, la mantención o conservación de animales y establece sanciones penales, como el pago de multas, para quienes infrinjan sus disposiciones. Se crea, además, un Ombudsman para la Protección Animal —*Tierschutzombudsmann*—, quien representa los intereses de los animales[6].

1.4. Reino Unido

Reino Unido fue uno de los primeros países europeos en incorporar normas relativas al bienestar animal. Es así como ya en el siglo XIX se dictaron leyes que buscaban evitar los actos de crueldad hacia los animales y regular su utilización en la experimentación, como la "Ley de Tratamiento Cruel del Ganado" en 1822 y la "Ley de Crueldad contra los Animales" de 1876. En 1986, se promulgó una nueva ley de protección de los animales usados para fines experimentales o científicos, conocida como la *Animals Scientific Procedures Act*, considerada como una de las más avanzadas regulaciones relativas a los animales utilizados en experimentación, y que protege a animales vertebrados, cefalópodos y en determinados casos a vertebrados en etapa fetal, larvaria o embrionaria. En 2004, al dictarse la Ley de Caza o Hunting Act se estableció la prohibición de la caza de animales mamíferos por medio de la utilización de perros en Inglaterra y Gales a partir del 18 de febrero de 2005. Esta prohibición que no es absoluta y permite la caza bajo ciertas condiciones, por ejemplo, la caza de zorros, actividad considerada como un deporte tradicional y vinculado

[6] Díaz, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina", 56-57.

a la aristocracia y a la realeza británica. Esta actividad era ilegal desde el año 2002 en Escocia[7].

En relación con el bienestar animal, los animales de granja cuentan con protección en el Reino Unido plasmada en la *Welfare of Farmed Animals Regulations*, que establece condiciones mínimas para el cuidado y mantención de los animales de granja, vale decir aquellos criados o mantenidos para la producción de comida, lana, pieles o cualquier otro fin agrícola. Esta normativa busca que se les garantice libertad de movimiento y condiciones específicas de atención a los animales, en especial, establece, por ejemplo, la obligación de alimentación por lo menos una vez al día en el caso de los cerdos. Otra normativa importante en materia de bienestar animal en el Reino Unido fue la aprobada el año 2006 denominada *Animals Welfare Act* (AWA), que protege a los animales vertebrados distintos al hombre, que estén domesticados o que se encuentren bajo el dominio temporal o permanente del hombre, y que no vivan en un estado salvaje. Esta disposición contiene normas generales de bienestar animal al penalizar, por ejemplo, el corte de cola de los perros, salvo por razones médicas, y todos otros aquellos actos que provoquen sufrimiento innecesario en los animales[8].

La principal innovación de esta norma es la obligación de cuidado de los dueños y tenedores de animales, mediante lo que se denomina tenencia responsable de los animales, y les lleva a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el bienestar de los animales. En la normativa se expresa que se debe garantizar que los animales cuenten con un medioambiente y dieta adecuados, que sean capaces de expresar patrones de comportamiento normales, que estén alojados con otros animales o apartados de ellos según sus necesidades, y protegidos del dolor, lesiones, sufrimiento y enfermedad. Esta norma británica constituye un gran avance, pues busca proteger y promover el bienestar de los animales haciendo directamente responsable a las personas que realicen acciones de crueldad animal o que no cubran las necesidades mínimas de los animales. Establece multas y penas de cárcel para quienes la contravengan. Hay que destacar, eso sí,

---

[7] Ibíd., 58.

[8] Ibíd., 59.

que la protección se encuentra limitada a aquellos animales domésticos o bajo dominio del hombre y no se hace extensiva a todos los animales. En el Reino Unido, además, se publican Códigos de Conducta en el manejo de animales que aclaran y sugieren las mejores prácticas para producir un estándar mayor de bienestar animal, como, por ejemplo, planes de salud veterinaria[9].

1.5. Francia

Antes de la reforma de 2015, los animales eran considerados por el Código Civil francés como "bienes muebles" (artículo 528) o "inmuebles por destinación" cuando eran colocados por el propietario de un fundo para el servicio y funcionamiento del mismo (artículo 524).

El estatuto jurídico civil de los animales era contradictorio con las disposiciones del Código Rural y del Código Penal, que ya reconocían a los animales como seres vivos y sensibles.

Desde 1976, el Código Rural considera al animal como un ser sensible[10]. Por su parte, la legislación criminal ha tenido una larga evolución desde 1850 y la Ley Grammont, y establece tipos penales para las figuras delictivas del maltrato animal[11] y del abandono animal[12]. Las infracciones contra los animales se incluyeron en el Libro V del Código Penal denominado "Otros crímenes y delitos" y no en el Libro III de los "Crímenes y delitos contra la propiedad".

Con la reforma del año 2015 por medio de la Ley n.° 2015-177 se modificó el Código Civil para reformar el estatuto jurídico civil de los animales. El nuevo artículo 515-14 establece que "los animales son seres

---

[9] Ibíd., 60.

[10] El artículo 9 del Código Rural relativo a la protección de la naturaleza establece que "todo animal siendo un ser sensible debe ser colocado por su propietario en condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie".

[11] El artículo 521-1 del Código Penal castiga "la imposición, en público o de otra manera, de maltrato grave, incluyendo el maltrato sexual, o la comisión de un acto de crueldad sobre cualquier animal doméstico o amansado, o cualquier animal mantenido en cautividad, se castiga con un encarcelamiento de dos años y una multa de 30.000 euros".

[12] Relativo al abandono, "se castiga con las mismas penas también el abandono de un animal de compañía, domesticados o en cautividad, con la excepción de los animales para la repoblación".

vivos dotados de sensibilidad. Bajo reserva de leyes que los protegen, los animales están sujetos al régimen de los bienes".

El cambio de estatuto permite una interpretación más progresista por los jueces en materia civil y penal, pero se establecen normas de excepción para la tauromaquia o las peleas de gallos consideradas como prácticas tradicionales.

1.6. Estados Unidos

Durante gran parte del siglo XX, EE. UU. y sus diversos Estados consideraban a los animales de compañía como objetos de propiedad. No fue hasta la década de 1970 cuando el abogado de Nueva York Hank Holzer trató de prohibir en las Cortes el sacrificio ritual y religioso de animales y el encierro de estos en los zoológicos de la ciudad de Nueva York. Perdió ambos casos, pero logró despertar la conciencia pública, convirtiéndose en el primer abogado de derechos de los animales en los Estados Unidos[13].

Los cincuenta estados de la Unión tienen leyes que castigan los actos de crueldad contra los animales. A pesar de que los animales aún son considerados propiedad en muchos estados, si alguien mata a un animal de compañía puede resultar responsable de un delito grave. Ciertos estados de EE.UU. han comenzado a reconocer la sintiencia de los animales y les han comenzado a conceder determinados derechos para su protección y bienestar. Así ocurre, por ejemplo, con Alabama, Alaska, California, Distrito de Columbia, Florida, Minesota, Misuri, entre otros.

Una nueva ley del estado de Illinois ha reconocido formalmente la sintiencia de los animales de compañía y autoriza a los tribunales para que los tenedores de los animales garanticen sus derechos. Por ejemplo, en California se presentó un recurso ante un tribunal federal para que se considerara si un animal —el tigre Tony— es un individuo —persona—, para poder obtenerle documentos del Gobierno. Esto ha generado que organizaciones de defensa de los animales hayan comenzado a presentar recursos de *habeas* en contra de lo que denominan detenciones arbitrarias e ilegales de chimpancés y elefantes en zoológicos de diferentes estados, para solicitar que sean trasladados a santuarios de animales. Ninguna de

---

[13] Suzanne Moyak, "When the law recognizes animals as people", *The New Republic*, (febrero 2, 2018).

estas acciones ha prosperado hasta ahora, pero las consecuencias de otorgar a los animales derechos de personalidad pueden ser demasiado radicales. Como ha advertido el profesor Richard Epstein, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York: "Matamos a millones de animales al día para comer. Si cualquiera de estas demandas ganara fuerza, quizás las personas más afectadas serían veterinarios y dueños de perreras. Si tienen el derecho a la libertad corporal, es básicamente un holocausto"[14].

1.7. Argentina

A nivel constitucional Argentina no reconoce la capacidad sintiente de los animales ni tampoco contiene normas explícitas que se refieran a ellos. Sin embargo, se considera que sí tendrían cobertura constitucional en los "nuevos derechos y garantías", cuando estos se refieren a la protección y preservación de la diversidad biológica en el artículo 41 de la Constitución. La normativa específica sobre protección de los animales es del primer peronismo y proviene del año 1954. Se trata de la Ley 14.346, que complementa a la primera ley de protección animal, la Ley n.° 2.786 de 1891, conocida como Ley Sarmiento[15]. Es una ley nacional considerada pionera a nivel continental y regula de manera completa situaciones concretas en que se puede ver afectado el bienestar de los animales, sea en un contexto de granja o de experimentación, pero sin limitarse a ellos, pues es aplicable a todos los animales en las situaciones que prescribe[16].

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta, además, con una importante ley en materia de bienestar animal y la utilización de ellos en actividades de entretenimiento y prohíbe dentro de su territorio el uso de animales en los circos[17].

A nivel jurisprudencial es digno de analizar la sentencia en el caso de la orangutana Sandra. En noviembre de 2014, se presentó un recurso de *habeas corpus* ante el Juzgado de Instrucción n.º 47 de la ciudad de Buenos Aires, a favor de una orangután llamada Sandra, que habitaba

---

[14] Moyak, "When the law recognizes". s/n.

[15] Señala esta ley en su artículo 1° que se sancionará con prisión de 15 días a un año a quien infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

[16] Díaz, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina", 64-66.

[17] Ibíd., 67.

en el zoológico de la ciudad de Buenos Aires. Se alegaba aduciendo que el animal fue privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad por parte de las autoridades del zoológico y que su estado de salud físico y psíquico se hallaban deteriorados, con evidente riesgo de muerte. Se pedía en el petitorio del recurso su inmediata liberación y su traslado a la reserva de primates de Sorocaba en Brasil. El recurso fue rechazado en primera y en segunda instancia, pero la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal revocó los fallos y consideró que se trataba de un confinamiento injustificado de un animal con probada capacidad cognitiva". En específico, en el considerando 2° expresó "que, a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente"[18].

1.8. Bolivia

Bolivia hace referencia a los animales en la propia Constitución. No indica expresamente que sean titulares de derechos, pero sí quedarían incluidos dentro del término "otros seres vivos".

La nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, en el capítulo de los Derechos Sociales y Económicos, dentro del Derecho al Medio Ambiente, señala que otros seres vivos, dentro de los cuales cabría englobar a los animales, deben desarrollarse de manera normal y permanente. A su vez, la Constitución establece que cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

Bolivia cuenta, además, también con una ley de protección animal, denominada *Ley Para la Defensa de los Animales Contra Actos de Crueldad y Maltrato*, que tiene por objeto "establecer el marco normativo para la defensa de los animales, contra actos de violencia, crueldad y maltrato, cometidos por personas naturales o jurídicas". En dicha normativa se

[18] Gabriela Acosta, "El estatus jurídico de los animales: los animales como personas", (Tesis licenciatura, Universidad de Chile, 2018), 100-102.

establecen derechos de los animales[19], obligaciones y prohibiciones a las personas, tendientes a evitar la crueldad y maltrato hacia los animales y obligaciones del Estado[20].

Por último, el Código Penal de Bolivia establece penas, incluso hasta privativas de libertad en contra de quienes cometan delitos hacia los animales y los tipifica como los delitos de tratos crueles y de biocidio[21].

Esta normativa establece fuertes sanciones para los casos mencionados, pero también contiene excepciones en su aplicación a aquellas conductas típicas cometidas en el contexto de prácticas de medicina tradicional, ritos y en el marco de la cultura de los pueblos originarios. Por último, Bolivia prohibió el uso de animales en espectáculos circenses. Esta prohibición abarca a animales silvestres y domésticos[22].

1.9. Colombia

En este país por medio de la Ley n.° 84 de 1989 se adoptó el Estatuto Nacional de Protección de los Animales, normativa que busca evitar el

---

[19] "Artículo 3. (Derechos de los Animales). Los animales, como sujetos de protección, tienen los siguientes derechos: -A ser reconocidos como seres vivos, - A un ambiente saludable y protegido, - A ser protegidos contra todo tipo de violencia, maltrato y crueldad y -A ser auxiliados y atendidos".

[20] Pero impone también obligaciones al Estado por medio de sus ministerios, obligando así por ejemplo al Ministerio de Salud a proponer políticas de prevención de zoonosis, y al Ministerio de Educación la obligación de proponer políticas educativas destinadas a fomentar el bienestar y defensa animal.

[21] "Artículo 350 Bis. (Tratos crueles). I. Se sancionará con privación de libertad de seis (6) meses a un (1) año, y multa de treinta (30) a sesenta (60) días o prestación de trabajo de tres (3) a seis (6) meses, a quien: 1. Ocasionare, con ensañamiento o con motivos fútiles, sufrimiento grave y daño que provoque la pérdida total o parcial de un sentido, de parte de su fisonomía o de un órgano, a un animal. 2. Utilizare a un animal para cualquier práctica sexual. II. En caso de que un animal ocasionare las consecuencias establecidas en el numeral 1 del Parágrafo anterior, el dueño o tenedor cubrirá los costos de la asistencia médica y el resarcimiento económico cuando corresponda, bajo alternativa de aplicarse la pena dispuesta para tratos crueles. III. La pena será agravada en un tercio de la pena máxima, si producto del trato cruel se ocasione la muerte del animal".

"Artículo 350 ter. (Biocidio). I. Se sancionará con privación de libertad de dos (2) años a cinco (5) años y multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, a quien matare con ensañamiento o con motivos fútiles a un animal. II. La sanción será agravada en un tercio de la pena máxima, si se matare a más de un animal".

[22] Díaz, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina", 69-72.

sufrimiento y dolor causados por el hombre a los animales. Contiene normas, además, que establecen deberes del hombre hacia ellos y regula su sacrificio, transporte, caza, pesca, e incluso la vivisección. La ley indicada fue modificada por la Ley n.° 1774 del 6 de enero de 2016, que introdujo tipos penales para quienes cometan delitos contra los animales[23]. Además, la Ley n.° 1774 modificó el Código Civil y reconoce a los animales la calidad de seres sintientes[24]. Esta modificación incluyó también la inclusión de los principios de Protección y Bienestar Animal y de Solidaridad Social. Por último, en lo que se refiere a los animales circenses, fue aprobada la Ley n.° 1638 del 27 de junio de 2013, que prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes. Sin embargo, deja fuera la norma a los animales domésticos[25].

1.10. Chile

En Chile hasta época muy reciente los animales eran únicamente vistos como objetos de propiedad y regulados básicamente por el Código Civil. Se les consideraba como bienes muebles semovientes sobre los cuales pueden ejercerse derechos reales. Esto ha cambiado en cierta medida con la entrada en vigencia de la Ley n.° 20.380 de 2009 sobre Protección Animal, que los conceptúa como "seres vivos y parte de la naturaleza", complementada por la Ley n.° 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía.

La regulación jurídica de los animales ha pasado en Chile por tres etapas claramente delimitadas. La primera es la que se conoce como de

---

[23] Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales. "Artículo 339A. El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes".

[24] "Artículo 655. Muebles. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658. Parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales".

[25] Díaz, "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina", 73-76.

sanidad animal —desde 1954 a 1992—, para fomentar el desarrollo de la industria agropecuaria y pesquera, proteger a las personas y considerar a los animales como cosas y *commodities*. La segunda es la del bienestar animal —desde 1992 a 2009—, que se caracteriza por el reconocimiento de los animales como seres sintientes o sensibles y que pretende mejorar las condiciones de ellos en diversas actividades y les tiende a considerar determinados derechos. Se les deja de considerar únicamente como cosas. La tercera etapa es la de protección de los animales —desde 2009 hasta la actualidad—, que desarrolla en mayor detalle la sintiencia de los animales, dicta normas específicas para su bienestar y protección y desarrolla la obligación de tenencia responsable de los animales.

Con esta última normativa indicada, la de la Ley n.° 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, se establecen tipos penales agravados para quienes cometan actos de maltrato, crueldad o de abandono de animales.

2. Problemas de la parte general del derecho internacional privado que plantean los animales

2.1. Conflictos de calificación

Calificar una relación jurídica consiste en determinar su naturaleza jurídica, para ubicarla dentro de alguna de las categorías del sistema jurídico. Como resultado de esta operación, el juez que conoce de un asunto sabrá si este se debe resolver de acuerdo con las normas de las personas, de los bienes, del derecho de familia, del derecho sucesorio u otros[26].

El conflicto de calificación se plantea en el derecho internacional privado cuando las calificaciones que dos legislaciones hacen de una misma relación jurídica son tan distintas, que de aceptar una u otra varía la legislación aplicable[27]. Se suelen mencionar como instituciones que plantean conflictos de calificación el testamento ológrafo, la capacidad sucesoria del *nasciturus*, la esclavitud y también el estatus jurídico de los animales.

---

[26] Mario Ramírez Necochea, *Derecho internacional privado, teoría general*, (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1994), 106-107.

[27] Ibíd., 108. Alfonso Luis Calvo y Caravaca, y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado, vol. I*, 7.ª ed., (Granada: Editorial Comares Décimo, 2017), 471.

El caso de la esclavitud se asimila en ciertos aspectos a lo que ocurre con los animales. En EE. UU., el problema de la esclavitud fue un tema de derecho internacional privado. A medida que se empezaron a organizar sociedades que favorecían la evasión de esclavos fugitivos del sur hacia los estados del norte, los tribunales de los estados no esclavistas se empezaron a llenar de órdenes judiciales —solicitudes de exequatur— que pedían la devolución de personas que en los estados esclavistas eran tratados como cosas. El estatus jurídico de los animales plantea un caso típico de conflicto de calificación. Ello porque para un Estado un animal es considerado como un bien y para otro se le considera como una cuasi persona.

Los conflictos de calificación se pueden solucionar de varias formas, según la doctrina: aplicando la *lex fori*, la *lex causae*, el método comparativo la *lex fori* con criterio internacional. Dependiendo del método de solución que se use, los animales serán considerados como bienes o como sujetos de derechos.

2.2. Conflicto móvil

Una relación jurídica puede vincularse sucesivamente a leyes distintas, generando los conflictos en el tiempo. Esto puede ocurrir porque: i) se modifica una ley sustantiva interna; ii) se modifica una ley atributiva; iii) los interesados cambian el factor de conexión de tal manera que sus vínculos jurídicos, originalmente regulados por una legislación determinada, quedan sometidos a las leyes de otro país; o iv) cambia la soberanía sobre un territorio determinado[28]. Los casos i) y ii) son los denominados conflictos transitorios internos y los casos iii) y iv) son los llamados conflictos móviles o de cambios de estatutos.

El problema del conflicto móvil es determinar la legislación aplicable con anterioridad y con posterioridad al cambio producido. Se puede generar un conflicto móvil cuando se traslada un animal de un país donde se le considera como objeto a otro donde se le considere como sujeto.

Las soluciones a los conflictos móviles suelen ser la solución tradicional de respeto internacional a los derechos adquiridos. Los requisitos que debe cumplir un derecho para merecer su respeto internacional son

---

[28] Mario Ramírez Necochea, *Curso básico de derecho internacional privado*, (Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010), 69-70.

los siguientes: i) que se haya adquirido en virtud de una ley competente, según el derecho internacional privado del juez, ii) que se hayan cumplido todas las condiciones exigidas por la ley competente para la adquisición del derecho. Cumplidos estos requisitos, el derecho será reconocido como tal salvo que la institución jurídica en que se base no exista en el país en que se invoque; el derecho sea contrario al orden público del Estado donde se quiera hacer valer, y se haya adquirido en el extranjero con fraude a la ley del tribunal.

El traslado de los animales de un país a otro puede plantear temas de conflictos móviles que deben ser solucionados conforme al método de los derechos adquiridos.

2.3. El orden público y las normas de policía

El estatus jurídico de los animales puede plantear problemas que se relacionan con la limitación de la aplicación del derecho extranjero por normas de orden público o por aplicación de las normas de policía. El orden público es una excepción a la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, en consideración a que la ley material extranjera atenta contra los principios de la *lex fori* por ser contraria al derecho natural, a la convicción común de la sociedad o a la política legislativa del Estado[29].

Por su parte, las normas de policía difieren del orden público y en doctrina se han propuesto diversas terminologías para denominar a esta categoría de normas que excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y de toda otra norma[30]. En tal orden de ideas, la norma de policía capta en su tipo legal un caso iusprivatista multinacional y lo somete al derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación especial[31]. La norma de policía presenta la estructura de una norma de conflicto unilateral inderogable, que remite al derecho propio exclusiva e inflexiblemente. No hay lugar para el derecho extranjero ni

---

[29] Carlos y Gabriel Villarroel Barrientos, *Derecho internacional privado*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 134.

[30] Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., (Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2011), 205.

[31] Ibíd., 206.

para la autonomía de las partes. Son normas excluyentes de toda otra regulación. La razón de tal exclusivismo es la defensa de la organización política, social, familiar o económica del país[32]. Esferas en que aparecen normas de policía: protección de libre competencia, ley del consumidor, organización de las profesiones liberales, organización de la propiedad inmueble, normas de policía económica, la protección de los derechos fundamentales, etc.[33].

Son normas respecto de las cuales la competencia legislativa coincide necesariamente con la judicial. Esto se debe a que el juez del ordenamiento jurídico del foro, en aras de salvaguardar los intereses fundamentales del Estado al cual pertenece, va a resolver el asunto en cuestión aplicando su propia ley nacional. El método es entonces opuesto al conflictual: se examina primero la ley para ver su campo de aplicación y luego la situación jurídica para apreciar si aquella la alcanza[34].

Habrá que atender entonces a que si las normas de bienestar y protección animal son consideradas como normas de orden público o como normas de policía van a llevar a la limitación de la aplicación del derecho extranjero (caso de orden público) o a la aplicación inmediata de las normas de protección y bienestar animal (en el caso de la norma de policía).

3. Problemas de la parte especial del derecho internacional privado que plantean los animales: del estatuto real al estatuto personal

Conceder determinados derechos a los animales puede significar en muchos sentidos comenzar a considerarlos más como personas que como cosas. De la regulación de derecho comparado que hemos analizado hemos podido apreciar que el reconocimiento de que sean seres sensibles ha significado que tengan un particular estatus jurídico intermedio entre cosas y personas. Solo en el caso argentino —al menos en su jurisprudencia— hay un reconocimiento abierto de que pueden ser vistos como sujetos de derecho.

---

[32] Ibíd.

[33] Ibíd., 207-208.

[34] Villarroel Barrientos, *Curso de derecho internacional privado*, 101.

Esto es importante, porque cuando se vislumbra la posibilidad de otorgar derechos subjetivos, estos se relacionan inmediatamente con los titulares de estos, la persona que tiene el poder de obrar, llamada sujeto del derecho.

Esto lleva a referirnos a los atributos de la personalidad que son ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujeto de derechos. Esos atributos son propios tanto de las personas naturales como de las jurídicas. Estos son: la capacidad jurídica —que es la aptitud legal de las personas para adquirir y ejercer derechos por sí mismas y se clasifica en capacidad de goce y de ejercicio—, la nacionalidad, el nombre, el estado civil, el domicilio y el patrimonio.

Es particularmente interesante lo que ocurre con la capacidad de goce entendida como la aptitud legal para adquirir derechos. La capacidad de goce puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otros términos, hay personas que, aunque poseen el goce de derechos civiles, no tienen su ejercicio. Son las que, propiamente hablando, se llaman incapaces. Pareciera ser una tendencia en muchos países que los animales puedan ser entendidos en algún momento como sujetos de derecho, pero solo con capacidad de goce. En este caso, sus tenedores serían sus representantes legales, ya fueren tutores o curadores. Y al llegar a este punto se plantearían muy interesantes problemas en cuanto a la ley aplicable para regular el ejercicio de dicha capacidad, ya sea aplicando la ley del foro o la ley personal —nacionalidad, domicilio o residencia del animal o del tenedor— e incluso podrían darse casos de aplicación extraterritorial para el evento de aplicar factores de conexión personales.

Al considerar la existencia de capacidad de goce para los animales podrían ser perfectamente sujetos de derecho en el derecho sucesorio. Ya en países en que existe libertad de testar esto es perfectamente posible y se le nombra al animal-heredero un albacea que administra en su nombre los bienes que ha heredado.

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, si un animal es víctima de un delito o cuasidelito civil, sus tenedores no pueden cobrar daños que excedan el valor económico del animal (se comprende daño emergente y lucro cesante). Si su estatus jurídico cambia —y los animales

ya no se clasifican como propiedad y se les concede ciertos derechos de la personalidad—, se podría demandar el daño moral del animal mismo y daño punitivo en los países en que se admite por los animales mismos también. Es por esta razón que organizaciones como la Asociación de Medicina Veterinaria de los Estados Unidos y el American Kennel Club se han opuesto históricamente a los esfuerzos para otorgar derechos de la personalidad a los animales. La ampliación de derechos a los animales puede extenderse más allá de los servicios de cuidado animales y abarcar todos los sectores de la economía que trabajan con animales, desde la agricultura y los cosméticos hasta zoológicos y parques naturales.

Desde el punto de vista del derecho penal, la tipificación de los delitos de maltrato animal, en su enorme variedad de tipos que hemos podido apreciar en su regulación en el derecho comparado analizado, puede plantear problemas en los procedimientos de extradición —activa o pasiva— que se intenten para poder satisfacer los principios de doble incriminación y de especificación que es necesario satisfacer en dicha clase de juicios.

Por último, desde el punto de vista del derecho de bienes y de los contratos, el reconocimiento de derechos de la personalidad a los animales significará que pasen de ser objetos del derecho de bienes y objetos de los contratos a sujetos de los mismos, pero debiendo actuar en dichas convenciones debidamente representados.

Bibliografía

Acosta, Gabriela. "El estatus jurídico de los animales: los animales como personas". (Tesis licenciatura, Universidad de Chile, 2018).

Boggiano, Antonio. *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

Calvo y Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. *Derecho internacional Privado*, vol. I, 17.ª ed. Granada: Editorial Comares, 2017.

Contreras López, C. A. *Régimen Jurídico de los animales en Chile, Colombia y Argentina*. (Tesis doctoral, Valencia, 2016).

Delgado Barreto, César, Delgado Menéndez, María Antonieta y Candela Sánchez, César Lincoln. *Introducción al derecho internacional privado*, Tomo I. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 3.ª ed., 2012.

Diaz, Tiare y Toto, Valentina. "Análisis de derecho comparado en Europa y América Latina sobre la protección y el bienestar de los animales, con énfasis en la vivisección". (Tesis Licenciatura, Universidad de Chile, 2016).

Montes Franceschini, Macarena. *Derecho animal en Chile*. Santiago: Editorial Libromar, 1.ª ed., 2018.

Moyak, Suzanne. "When the law recognizes animals as people". *The New Republic*. Febrero 2, 2018.

Ramírez Necochea, Mario. *Derecho internacional privado, teoría general*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1994.

Ramírez Necochea, Mario. *Curso básico de derecho internacional privado*. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010.

Villarroel Barrientos, Carlos y Gabriel. *Derecho internacional privado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.

Crímenes de lesa humanidad juzgados bajo la aplicación de normativa interna y del derecho penal internacional en Guatemala

Silvia Patricia Juárez García*

Resumen

En Guatemala durante el conflicto armado interno ocurrieron una serie de violaciones a derechos humanos de la población civil, los cuales son considerados delitos de lesa humanidad (crímenes internacionales), cometidos por elementos del Ejército de Guatemala, logrando las víctimas llevar a juicio a dos de ellos, quienes fueron juzgados por las leyes guatemaltecas, siendo una sentencia histórica, por haber sido dictada por tribunal nacional.

Palabras clave: conflicto armado interno, derechos humanos, violencia, violación sistemática.

Abstract

In Guatemala, during the internal armed conflict, a series of human rights violations of the civilian population occurred, which are considered crimes against humanity (international crimes), committed by elements of the Guatemalan Army, and the victims were able to bring to trial two of them

* Abogada y notaria.

who were judged by Guatemalan laws, being a historical sentence for having been issued by a national court.

Keywords: internal armed conflict, human rights, violence, systematic violation.

1. El conflicto armado interno en Guatemala

En Guatemala se vivió una guerra interna (conflicto armado interno) entre los años de 1960 y 1996, en la que los intervinientes fueron el Estado, el Ejército y las organizaciones civiles de distintos estratos sociales, entre estas los campesinos (población del interior del país), a quienes el Estado denominaba "guerrilleros". Según algunos autores, las posibles causas de este enfrentamiento fueron la pobreza, injusticia social, carencia de educación, entre otros; quizá, para decirlo en una frase, la "desigualdad" en la distribución de la riqueza, como consecuencia de una incipiente democracia en el país; la población estaba bajo un Estado autoritario y excluyente de las mayorías, ante todo racista en sus preceptos y en su práctica. Las relaciones económicas, culturales y sociales en Guatemala desde siempre han sido profundamente excluyentes, antagónicas y conflictivas.

La violencia fue dirigida fundamentalmente desde el Estado organizado, en contra de los grupos excluidos, los pobres y sobre todo la población maya del país, la población indígena fue la más afectada; comunidades completas exterminadas por la maquinaria estatal, pero también de la población que luchaba en favor de una verdadera justicia y una mayor igualdad social.

Durante el conflicto armado se presentó una cultura de terror, la cual era manifiesta en la represión, el exilio, la debilidad, la fragmentación de aquellas organizaciones sociales del país, las innumerables masacres, las operaciones que el Ejército denominaba tierra arrasada, el secuestro, la tortura y ejecución de muchos líderes, la desaparición de muchas personas de quienes hasta la fecha no se sabe de su paradero; todo esto tiene como fin quebrar las bases sociales de la llamada "guerrilla".

Los pobladores fueron divididos, puesto que algunos apoyaron a la guerrilla y otros al Gobierno, mientras que otros prefirieron mantenerse al margen para poder sobrevivir. El Gobierno reclutó a miles de soldados para perseguir o matar a la población, así también se organizó por la

fuerza a casi un millón de pobladores (hombres adultos) para participar en las patrullas de autodefensa civil (PAC). Los patrulleros vigilaban a la gente y algunos participaron en la muerte de sus propios vecinos; llegó a considerarse que casi la mayor parte de los adultos hombres en el medio rural del país estaban involucrados en las PAC.

El conflicto armado interno fue el escenario para las múltiples violaciones de derechos humanos en contra de la población civil y en su mayoría de las comunidades indígenas, se cometieron delitos de lesa humanidad en contra de la población civil, cuyos actores aún hoy están siendo perseguidos penalmente para ser juzgados, las mujeres fueron ultrajadas en su integridad e indemnidad, los hombres, mujeres y niños fueron ejecutados extrajudicialmente. Según registros periodísticos de la época, fueron asesinados y desaparecidos alrededor de 7.200 guatemaltecos[1].

2. Comisión para el Esclarecimiento Histórico

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) fue establecida mediante el Acuerdo de Oslo del 23 de junio de 1994, para esclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado. Su misión era esclarecer la historia de lo acontecido durante más de tres décadas de guerra fratricida.

La comisión surge de un Acuerdo entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), en virtud de que se considera que la patria registra graves hechos de violencia, de irrespeto de los derechos fundamentales de la persona y sufrimientos de la población vinculados con el enfrentamiento armado.

La CEH estima que el saldo de muertos y desaparecidos del enfrentamiento fratricida llegó a más de doscientas mil personas. El terror sufrido por la población guatemalteca provocó la huida masiva principalmente de comunidades mayas, la mayoría de los desplazados buscó refugio en México.

La CEH, en su informe, indicó en el apartado de conclusiones, párrafo 91:

---

[1] Edelberto Torres-Rivas, "Introducción al perfil de Guatemala", (Madrid: Tribunal Permanente de los Pueblos, Iepala, 1994), 33.

> Comprobó que la violación sexual de las mujeres, durante su tortura o antes de ser asesinadas, fue una práctica común dirigida a destruir la dignidad de la persona en uno de sus aspectos más íntimos y vulnerables. La mayoría de estas víctimas de esta violación fueron mujeres mayas. Quienes sobrevivieron al crimen aún enfrentan dificultades por los traumas profundos derivados de esta agresión, a la vez que las mismas comunidades quedaron violentadas por esta práctica. La presencia de los hechos de violencia sexual en la memoria social de las comunidades, se convirtió en motivo de vergüenza colectiva[2].

Gran cantidad de niños y niñas fueron víctimas directas de las ejecuciones arbitrarias cometidas, de desapariciones forzadas, torturas y violaciones sexuales, lo cual provocó que existiera un gran número de niños huérfanos y desamparados, especialmente mayas; los desplazamientos se dieron del interior hacia la capital huyendo del enfrentamiento armado; una de cada cuatro víctimas directas de violaciones de derechos humanos fueron mujeres. Las mujeres fueron asesinadas, desaparecidas, torturadas, violadas, utilizadas, víctimas de masacres no obstante pertenecer a la población civil. Algunas de ellas, sus esposos fueron desaparecidos, ellas obligadas a dejar sus hogares, a huir con sus pequeños hijos, siendo ellas el único sostén, sus cultivos fueron destruidos, no había forma de subsistencia como la que según su cultura realizaban; sin embargo, debe reconocerse que esas mujeres sobrevivientes a esta masacre han sido quienes han levantado la voz y buscado justicia, ya que han jugado un papel ejemplar en la defensa de los derechos humanos, en organizaciones de familiares de todas las personas desaparecidas durante el conflicto armado y de lucha contra la impunidad.

Durante la masacre existieron una infinidad de violaciones a los derechos humanos; el Estado fue responsable de más del 90% de estas. Un dato importante que consta en el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico indica que en los gobiernos de Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt ocurrieron actos de genocidio, ejecutados

---

[2] Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Informe para el Esclarecimiento Histórico. Memorias del Silencio*, tomo III, 1.ª ed., (1999), 44.

estos en contra de la población indígena maya. Curiosamente, ambos fallecieron antes de ser condenados por los tribunales de justicia por la comisión de delitos de lesa humanidad, el primero de ellos en 2006 en Puerto La Cruz, Venezuela, y el segundo en Guatemala en 2018.

3. Firma de la paz en Guatemala

Luego de varias reuniones con distintos sectores se llegó a la conclusión de que era necesario que el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca firmaran la paz. Sin embargo, previo a la firma de los Acuerdos de Paz en Guatemala, se suscribieron acuerdos que dan sustento a esta. Es así que el 17 de junio de 1994 se suscribe el Acuerdo para el Reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado en Oslo, Noruega; el 23 de junio de 1994 el Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca; el 31 de marzo de 1995 se firma en México el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas; y es el 29 de diciembre de 1996 cuando el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca suscribieron el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, poniendo fin al conflicto armado interno, que duró 36 años. Dentro de los acuerdos se establece la obligación del Estado tanto de juzgar como de indemnizar a las víctimas del conflicto. No obstante haberse firmado la paz, las secuelas vividas por las personas aún persisten.

4. Víctimas del conflicto armado

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH, 1999), en su informe "Guatemala Memoria del Silencio"[3], en el capítulo "La violencia sexual contra la mujer", indicó que durante los 36 años de conflicto armado más de 30.000 mujeres fueron víctimas de violación sexual, 89% de las cuales eran indígenas. La violencia sexual contra las mujeres fue utilizada como arma de guerra, en forma masiva y sistemática, por el ejército y otras entidades gubernamentales.

---

[3] Comisión para el Esclarecimiento Histórica (CEH). Guatemala, *Memoria del silencio. La violencia sexual contra la mujer*, (1999).

En el caso de las mujeres, durante el conflicto armado interno estas sufrieron de violencia sexual y violación sexual por parte del Ejército de Guatemala, lo cual constituyó una práctica generalizada, masiva y sistemática, causando en las víctimas secuelas y sufrimientos, que se extendieron hacia sus familiares, cónyuges y comunidad entera. A través de la violencia ejercida durante el CAI se evidenció y exacerbó el racismo histórico hacia los pueblos indígenas, puesto que el pensamiento racista de los que ejecutaron las masacres, muertes, desapariciones forzadas y desplazamientos forzados salió a la luz en los ejecutores, según lo indica la Comisión para el Esclarecimiento Histórico.

La discriminación por ser las víctimas mujeres e indígenas agravó su situación, pues estas padecieron de violaciones, acoso sexual, desnudez forzada, esclavitud sexual, abortos forzados, que como se indicó anteriormente fueron prácticas generalizadas y sistemáticas, en el peor de los casos públicas, masivas y múltiples.

Las mujeres, previo a ser masacradas o asesinadas, fueron violadas frente a la comunidad y muchos de estos actos atroces fueron cometidos frente a los hijos y otros familiares de las mujeres indígenas. En algunos casos, las mujeres fueron víctimas de esclavitud sexual y esclavitud doméstica, en los destacamentos militares ubicados en aldeas y cabeceras departamentales del país.

Según indicó Luz Méndez en su obra "La violación sexual como arma de guerra y componente de femicidio durante el conflicto armado interno":

> El ejército atacó de manera sistemática los órganos de las mujeres vinculados con su sexualidad y capacidad reproductiva. Fueron comunes las violaciones sexuales a mujeres en estado avanzado de embarazo, a quienes muchas veces las mataban por golpes en el vientre y les arrancaban los fetos, que luego eran destrozados[4].

Cabe agregar que la situación de las mujeres durante el CAI, según la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, se dio de forma que:

---

[4] Luz Méndez, *La violación sexual como arma de guerra y componente de femicidio durante el conflicto armado*, (Guatemela: Alianza Rompiendo el Silencio, 2013), 103.

> Las mujeres fueron víctimas de todas las formas de violación de los derechos humanos cometidas durante el enfrentamiento armado, pero además sufrieron formas específicas e violencia de género. En el caso de las mujeres mayas se sumó a la violencia armada, la violencia de género y la discriminación étnica. La violación sexual fue una práctica generalizada y sistemática realizada por agentes del Estado en el marco de la estrategia contrainsurgente, llegando a constituirse en una verdadera arma de terror y en grave vulneración de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

5. Las mujeres de Alta Verapaz y el conflicto armado interno

La problemática principal hacia la población de Alta Verapaz radica en el despojo de sus tierras y la explotación laboral dirigida por grandes finqueros del área. En su lucha frente a esos despojos de que eran objeto, las comunidades q'eqhi's de Alta Verapaz vivieron la estrategia militar denominada "tierra arrasada", destruyendo durante el CAI a más de 40 aldeas y perpetrando más de 30 masacres.

En relación con la violencia que vivieron las mujeres en la región de Alta Verapaz, Alfonso Huet indica lo siguiente:

> No existen muchos testimonios sobre las violaciones (sexuales) a las mujeres, no porque no se hubieran dado, sino más bien por vergüenza de las sobrevivientes y la consecuente invisibilidad de esta problemática, y que "la violación es una forma de tortura prolongada contra las mujeres, porque tiene efectos a largo plazo; no solamente posibles embarazos o enfermedades venéreas, sino también otros efectos psicosomáticos, el probable desprecio de los demás y el consecuente aislamiento en la comunidad"[5].

De muchos testimonios recogidos, se establece que el Estado de Guatemala violó el Convenio de Ginebra que se refiere a la protección

[5] Alfonso Huet, *Nos salvó la sagrada selva. La memoria de veinte comunidades q'eqchi' que sobrevivieron al genocidio*, 1.ª ed., (Adici Wakliiqo, mayo, 2008).

de las personas civiles en tiempo de guerra de 1949[6] y en sus Protocolos adicionales de 1977, en el que se plasma que "las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra los tratos humillantes y degradantes, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor".

Las atrocidades cometidas contra las mujeres durante la guerra no pueden explicarse plenamente teniendo en cuenta solo los objetivos contrainsurgentes y genocidas. Es indispensable incorporar en el análisis el papel que jugó el sistema patriarcal, donde se halla la causa primigenia de la violencia contra las mujeres. Los múltiples sistemas opresivos, de género, clase y etnia, articulados en el contexto del conflicto armado, se sintetizaron en los cuerpos de las mujeres a través de la violación sexual, dejando como resultado uno de los capítulos más ominosos de violencia contra las mujeres en la historia de Guatemala[7].

Los testimonios de las mujeres que fueron víctimas son muchos, el trauma vivido, las secuelas de los abusos cometidos en su contra, se manifestó en ellas una vulneración a sus derechos, a su indemnidad sexual, violencia por razón de género, siendo estas también pertenecientes a los grupos denominados como grupos vulnerables dentro de la sociedad por su condición de ser mujeres. Las palabras textuales expresadas por ellas se detallan a continuación, sin embargo, se omite su identificación por respeto a su condición:

> Hablé de la violación, yo sentí que es el único espacio de confianza para hacerlo y también para relajarme. No es fácil contar todo eso. Yo empecé a perder el miedo, a perder la preocupación, a perder la tristeza que yo tenía guardada.

---

[6] IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entró en vigor el 21 de octubre de 1950.

[7] Luz Méndez Gutiérrez y Amanda Carrera Guerra. *Mujeres indígenas: clamor por la justicia. Violencia sexual, conflicto armado y despojo violento de tierras*, (Guatemala: F&G Editores, 2014), 34 y 35.

> Los ejércitos entraron a mi casa y mis hijos se asustaron cuando me agarraron a la fuerza y ahí mismo me violaron.
>
> […] una semana de haber agarrado mi marido cuando los militares me violaron. Yo tuve que ir a esconderme en la montaña y ahí estuve seis años, pero ahí no había nada de comida […] mis dos hijos se murieron de hambre. Yo tuve que enterrarlos. Ahí se quedaron en la montaña.
>
> Estuvimos dos años en el destacamento. En ese tiempo éramos nosotras gallinas que cualquiera se le antojaba agarrarnos. Pasaron por nuestro cuerpo y ahí nos violaron.

6. Casos emblemáticos de crímenes internacionales de lesa humanidad en Guatemala, caso Ríos Montt

Después de un largo camino legal recorrido, en donde imperaba la impunidad, el uso y abuso de recursos legales, así como de la figura del amparo, el sistema de justicia guatemalteco por fin el 21 de enero de 2012, el general José Efraín Ríos Montt fue citado a primera declaración por la comisión de los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad. Las cifras que se conocían indicaban el asesinato de 1.771 ixiles, más de 1.400 casos de violaciones a derechos humanos y 29.000 desplazamientos forzosos. El 10 de mayo de 2013, el Tribunal Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala emitió sentencia de carácter condenatorio en contra del general José Efraín Ríos Montt, en concepto de autor de los delitos de genocidio y de delitos contra los deberes de la humanidad, imponiéndole las penas máximas de 50 años y 30 años de prisión inconmutables:

> Los jueces resolvieron que los testimonios y los peritajes demostraron, más allá de toda duda razonable, que bajo el mando de Ríos Montt, las fuerzas armadas de Guatemala elaboraron e implementaron una serie de planes destinados a eliminar a la población Maya Ixil, a la que consideraban como una comunidad que en su totalidad respaldaba a la guerrilla, la cual en ese entonces se había sublevado contra el gobierno militar. El Tribunal se basó en expertos militares y documentos militares de la época

> para demostrar que Ríos Montt desarrolló el plan de seguridad nacional y autorizó los planes operativos militares[8].

La sentencia provocó en las víctimas un aliciente, una esperanza y se consideraba un hito en la historia de Guatemala. Sin embargo, el 20 de mayo de ese mismo año, por medio de una resolución en un ocurso en queja de la Corte de Constitucionalidad[9], por vicios en el procedimiento, ordenó que el proceso se retrotrajera al 19 de abril, dejando así sin efecto la sentencia. Los votos razonados de dos magistrados del máximo tribunal constitucional indicaron que la Corte se excedió en sus funciones al otorgar el recurso en queja, toda vez que el mecanismo adecuado para remediar cualquier presunta violación después de la emisión de una sentencia es el recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional competente, así también se considera que esta decisión deja sin protección el derecho constitucional de las víctimas de tener acceso a la justicia.

Jo-Marie Burt, citada en el informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos, expresó: "Los organismos de derechos humanos que representan a las víctimas reclaman el valor simbólico y político de la sentencia". A este respecto, resulta de mayor relevancia que el caso por delitos de lesa humanidad pudo ser juzgado en un tribunal nacional, que encontró al acusado culpable y reconoció que en Guatemala hubo genocidio. Esto definitivamente representó para las víctimas una victoria.

El juicio se repitió y se dictó sentencia el 26 de septiembre de 2018. Sin embargo, debido a la muerte del general Efraín Ríos Montt (1 de abril de 2018), este no pudo ser condenado y el otro procesado, José Mauricio Rodríguez Sánchez, fue absuelto. No obstante, el Tribunal Penal que conoció del caso declaró por unanimidad que quedaron acreditados los delitos contra los deberes de la humanidad y genocidio.

---

[8] *Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). Genocidio en Guatemala: Ríos Montt culpable*, (Guatemala, 2013), 9.

[9] Corte de Constitucionalidad. Resolución de fecha 20 de mayo de 2013. Expediente 1904-2013. Apartado del literal a) anule todo lo actuado en la fase de debate oral y público del proceso penal subyacente al proceso de amparo, a partir del diecinueve de abril de dos mil trece, quedando anulado todo lo actuado en ese proceso penal con posterioridad a esa fecha.

7. Caso Sepur Zarco

Durante los años 1982 y 1988, mujeres campesinas q'eqchi's y sus familias, que residían en varias comunidades de Panzos, departamento de Alta Verapaz y El Estor, departamento de Izabal, fueron víctimas del CAI, sufriendo violaciones a sus derechos humanos; dichas atrocidades fueron cometidas por integrantes del Ejército de Guatemala, en el marco de la llamada política contrainsurgente del Estado de Guatemala.

Los hechos surgen en el valle del Polochic, a raíz de la militarización y el inicio y operativos contrainsurgentes, entre ellos, la instalación del destacamento militar Sepur Zarco, ubicado en la Finca San Miguel. Este lugar se convirtió en sitio de operaciones para realizar rastreos en montañas, secuestros, torturas y violaciones sexuales de las mujeres de la comunidad.

El modo en que los elementos del Ejército operaban en dicho lugar consistió en varias etapas, la primera consistía en el secuestro, tortura y desaparición forzada de dirigentes campesinos que buscaban la legalización de la tierra en la que vivían. Esta situación fue aprovechada por los agresores para cometer violaciones sexuales de forma masiva y sistemática en sus propias viviendas. Posteriormente, sus casas y todas sus pertenencias fueron quemadas y las cosechas, que constituían su forma de adquirir alimentos, fueron destruidas. Con respecto a las mujeres, aquellas que huyeron para refugiarse en las montañas fueron objeto de persecución y represión, y las que permanecieron en la comunidad fueron obligadas a acudir a Sepur Zarco, en donde fueron sometidas a una esclavitud sexual y también doméstica.

Una de las víctimas de apellido Botzoc, indica: "Cuando llegaron los soldados empezaron a capturar. Se llevaron a mi esposo, se fueron dos de mis hijos; uno tenía 18 años y el otro 15".

Las mujeres fueron objeto de violación masiva y múltiple, esto ocurría frente a sus propios hijos e hijas menores de edad y sus perpetradores eran soldados y oficiales, quienes irrumpieron en sus casas para secuestrar a los campesinos. Las violaciones fueron a mujeres y niñas de todas las edades, así también a mujeres que se encontraban en estado de gestación o que recién habían dado a luz; no había respeto al cuerpo de dichas mujeres.

Los miembros del ejército, posteriormente a secuestrar a los esposos de estas mujeres, las llamaban "las viudas", y bajo amenazas de muerte,

y supuestamente amparándose en la ley, las obligaban a desplazarse al destacamento militar de Sepur Zarco para hacer servicios domésticos para estos. Las mujeres fueron obligadas a realizar todo el trabajo doméstico, sin obtener a cambio ninguna remuneración; tenían la obligación de prepararles comida, hacer la limpieza y lavar los uniformes de los soldados, estaban organizadas en turnos, que debían cumplir cada tres días, bajo el estricto control de los comisionados militares, inclusive estaban obligadas a proveer el maíz para preparar las tortillas y el jabón para lavar ropa, deteriorando su salud tanto física como mental, así también la de sus hijos e hijas.

8. El derecho internacional, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario (DIH) desarrolla las protecciones y garantías de los derechos humanos, aplicables en casos de conflicto, específicamente donde se presenten guerras civiles o conflictos internos, como el vivido en Guatemala durante treinta y seis años. El Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra[10] contiene las reglas más importantes en escenarios de conflicto. Dicho artículo señala de manera explícita la responsabilidad de proteger a los civiles en conflictos armados y también determina actos prohibidos tanto para los grupos armados como para el Estado mismo[11].

En el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, los Estados parte tienen la obligación de juzgar y castigar, por medio de sus jurisdicciones nacionales, a los autores de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Dicha obligación internacional implica que los Estados deben tipificar dentro de su legislación penal interna como ilícitos penales los crímenes bajo el derecho internacional.

---

[10] La Primera Convención abarca temas relativos a heridos en tierra. La Segunda Convención a heridos, enfermos y náufragos que formaren parte de las Fuerzas Armadas en el mar; la Tercera Convención a prisiones de guerra y la Cuarta Convención a víctimas civiles. Todas celebradas el 12 de agosto de 1949.

[11] Walter Arévalo-Ramírez, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 242.

En el derecho internacional y la jurisprudencia internacional, existen fundamentos que imponen como obligación imperativa a los Estados la de investigar delitos internacionales y juzgar y castigar a sus autores. Esta obligación está consagrada tanto en tratados[12] como en instrumentos internacionales[13], así también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Es así que Guatemala en el Código Penal vigente en su artículo 378 regula el tipo penal de delitos contra los deberes de humanidad. En este tipo de delitos no puede alegarse la vulneración del principio de legalidad, puesto que la aplicación retroactiva de la ley penal nacional a hechos que, aun cuando no eran ilícitos bajo la legislación interna, constituían crímenes para el derecho internacional al momento de su comisión no viola los principios de legalidad de los delitos y de retroactividad de la ley penal.

En ese orden de ideas, los delitos de trascendencia internacional, que fueron incluidos en el Código Penal guatemalteco, son crímenes bajo el derecho penal internacional y se encuentran enmarcados dentro de un marco jurídico que involucra tanto normas convencionales como consuetudinarias del derecho internacional.

En consonancia con lo anterior, Guatemala en aplicación de su legislación interna y conforme los estándares internacionales del derecho internacional, ha realizado juicios en los cuales se procesan a personas a quienes se les sindica de delitos de lesa humanidad, en cumplimiento a aquellos compromisos adquiridos ante la comunidad internacional, y ante la obligación de procesar en su territorio a personas que han cometido graves violaciones a derechos humanos y principalmente aquellos cuya sindicación se refiere a delitos de lesa humanidad.

---

[12] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

[13] Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad; y el conjunto actualizado de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Lo expresado se basa en el principio de que los crímenes más graves bajo el derecho internacional implican responsabilidad del superior jerárquico, principio de derecho internacional que se basa en el derecho internacional convencional y a su vez constituye una norma del derecho internacional consuetudinario. Este principio consiste en que, ante la comisión por sus subordinados de un crimen bajo el derecho internacional, el superior jerárquico, civil o militar, no puede ser exonerado de responsabilidad penal cuando, ejerciendo autoridad y control efectivos sobre esos subordinados, haya sabido o haya tenido motivos para saber que el ilícito estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido, y no haya tomado las medidas necesarias para impedir su comisión, hacerlo cesar o para que sus autores fueran sancionados[14].

9. Del tipo penal de delitos contra los deberes de humanidad

En el período histórico en que fue promulgado el Código Penal guatemalteco, los legisladores convinieron en incluir el capítulo denominado "De los delitos de trascendencia internacional". Por definición, los delitos internacionales son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad. También lo son las graves violaciones de derechos humanos —como la tortura, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial— respecto de las cuales el derecho internacional exige que sean reprimidas como ilícitos penales y se impone la obligación *aut dedere aut judicare*, o se autoriza al Estado a ejercer su jurisdicción extraterritorial en aplicación del principio de jurisdicción universal[15].

El Código Penal de Guatemala regula en el artículo 378 este tipo penal, estableciendo:

> Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra

[14] Comisión Internacional de Juristas. Comentario jurídico al artículo 378 del Código Penal de Guatemala: Delitos contra los deberes de humanidad, (Guatemala: Editorial Serviprensa), 2014.

[15] Comisión Internacional de Juristas. Comentario jurídico al artículo 378 del Código Penal de Guatemala: Delitos contra los deberes de humanidad, 17.

> población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos, será sancionado con prisión de veinte a treinta años.

El artículo citado se complementa con el artículo 7 del Estatuto de Roma, que define por "crimen de lesa humanidad" aquellos que se cometen por parte de un ataque generalizado o sistemático[16] contra una población civil[17] y con conocimiento de dicho ataque. Entre sus modalidades está la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Es decir, que Guatemala por medio de su legislación castiga en el derecho interno la comisión de hechos que son constitutivos de ilícitos bajo el derecho internacional. El mismo artículo remite necesariamente a las normas de *jus cogens* que prohíben tales comportamientos. En lo que respecta a los conflictos armados internos, los actos inhumanos contra civiles son una grave violación al artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y al artículo 4 de su Protocolo II, constitutivos de crímenes de guerra.

10. Denuncia ante los tribunales de justicia penal de Guatemala

En el caso Sepur Zarco, se relata que desde el 15 de julio de 1982 se construía entre los municipios de Panzós, departamento de Alta Verapaz y El Estor, departamento de Izabal, un destacamento grande justo en el centro de los otros destacamentos militares, esto en la comunidad Sepur Zarco, el cual era un lugar de descanso militar que tenía cinco garitas de seguridad y estaba cercado, infranqueable, construido por comunitarios, quienes fueron obligados a punta de fusil a hacerlo.

---

[16] El ataque sistemático es un parámetro cualitativo; tiene su origen en el término "sistema" e indica la existencia de un patrón o un plan metódico. Conductas posibles como ataque sistemático no generalizado pueden ser las siguientes: asesinato, tortura, esclavitud, actos de violencia sexual.

[17] La definición de población civil según los Convenios de Ginebra de 1949 es aquella que no pertenece a las fuerzas armadas u otros legítimos combatientes.

Fue en este centro de recreación en donde más de 20 mujeres q'eqchi's, solas, cuyos esposos habían sido desaparecidos desde el 25 de agosto de 1982, irían a sufrir las peores de la ofensas a sus cuerpos, a su familia, a su comunidad, padecieron abusos sexuales durante seis meses convertidas en esclavas sexuales, y con la obligación de cocinar y lavar los uniformes de sus victimarios, sufrieron hemorragias, abortos y fueron obligadas a tomar medicamentos o ser inyectadas para evitar embarazos de sus agresores.

Aproximadamente treinta años después, estas mujeres abusadas, luego de un proceso largo que tuvo la preparación de la investigación para la presentación del caso ante la justicia penal guatemalteca, estas valientes mujeres cuentan su historia, una historia de terror, que dejó marcada la vida tanto de ellas como de sus familias y de la comunidad. Es así como acuden en busca de justicia, para ser las voceras del sufrimiento de muchas mujeres, quienes fueron incluso avergonzadas en su propia comunidad. En un juicio de conciencia, enfrentaron a sus agresores y, con el acompañamiento del Ministerio Público y de organizaciones no gubernamentales que defienden derechos humanos, exigieron justicia por los delitos de que fueron objeto, en un caso paradigmático ante graves violaciones de derechos humanos y la comisión de delitos de lesa humanidad.

Son 15 mujeres las que tuvieron el valor y la confianza en el sistema para denunciar las violaciones a sus derechos humanos, cuyos actores fueron efectivos militares, algunas de estas habían quedado viudas, por asesinato o desaparición de sus esposos a manos de las fuerzas armadas. Estas quince mujeres fueron llevadas por la fuerza al destacamento militar de Sepur Zarco, a realizar trabajos forzados y servir a sus propios victimarios, donde sufrieron violaciones sexuales constantes.

Los hechos por los cuales fueron juzgados Esteelmer Francisco Reyes Girón, teniente coronel del Ejército de Guatemala y Heriberto Valdez Asig, comisionado militar, elementos del Ejército de Guatemala, son los siguientes[18]:

> Ejecutar acciones en contra de la población civil no combatiente, específicamente al autorizar y consentir que soldados del Ejército

[18] Causa n.º 1076-2012-00021, Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente.

> de Guatemala bajo su mando, ejercieran violencia sexual y tratos inhumanos, crueles y humillantes en contra de las mujeres de la etnia maya Q'eqchi', ejecutados de forma reiterada y continuada en ofensa y dignidad personal como mínimo de once mujeres, quienes fueron obligadas a cumplir con actividades tales como asistir varios días de la semana al destacamento militar para cocinar y lavar ropa de los soldados y oficiales del Ejército de Guatemala, sin recibir pago alguno y sufrir violaciones sexuales por varios soldados del Ejército, todos los días que cumplieron con el turno; durante los años mil novecientos ochenta y dos a mil novecientos ochenta y tres, fueron violadas sexualmente por soldados del Ejército de Guatemala en diversos lugares.

Los delitos por los cuales fueron condenados son delitos contra los deberes de humanidad en su forma de violencia sexual, asesinato, delitos contra los deberes de la humanidad de atentar en contra de la dignidad personal, especialmente tratos humillantes y degradantes, asesinato y delitos contra los deberes de humanidad de una mujer y sus dos hijas, para el primero de los procesados, y para el segundo, por el delito de desaparición forzada y delitos contra deberes de humanidad en su forma de violencia sexual[19].

Es importante recalcar que el Estado de Guatemala ha sido sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la violación a derechos humanos. En estos casos, la justicia nacional ha sido ineficiente para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento, es por ello que las víctimas han tenido que acudir a un tribunal internacional a efecto de lograr la tan ansiada justicia. Lo anterior no ocurrió con el caso Sepur Zarco, puesto que los hechos calificados como delitos internacionales de lesa humanidad fueron juzgados por la jurisdicción nacional, lo que permitió que Guatemala destacara a nivel internacional, toda vez que fueron los órganos jurisdiccionales guatemaltecos quienes juzgaron hechos de esclavitud sexual sin acudir a tribunal internacional, llevando a cabo un

[19] Se hace integración del artículo 378 del Código Penal vigente y el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

juicio de conciencia, condenando a los dos acusados por la comisión de delitos internacionales.

11. La sentencia emitida por Tribunal Penal de Guatemala en el caso Sepur Zarco

El Tribunal Penal que condenó a los acusados, entre sus razonamientos indicó:

> Para los Juzgadores, resulta necesario indicar que al efectuar nuestro análisis hemos tomado en cuenta lo siguiente: El artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la primacía de los Tratados y Convenios en Materia de Derechos Humanos, circunstancia que da la pauta para la aplicación del artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra, que prohíbe el ataque y tratos degradantes a la población civil. Habiendo quedado demostrado en el presente juicio a través de las declaraciones de las víctimas que efectivamente, fueron objeto de violaciones sexuales, esclavitud sexual, esclavitud y servidumbre doméstica, tratos degradantes e incluso la quema de sus viviendas. Circunstancias que se comprueban con los peritajes antes analizados, especialmente con el peritaje de PALOMA SORIA MONTAÑES, con el que se confirma que existió violación del Convenio de Ginebra, al atacar población civil. De tal forma que al comprobarse que existió violación a deberes humanitarios, habiéndose cometido actos inhumanos contra población civil, los acusados ESTEELMER FRANCISCO REYES GIRON Y HERIBERTO VALDEZ ASIG, encuadraron su conducta en el contenido del artículo 378 del Código Penal Guatemalteco, que regula el ilícito de DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD.

Es de esta forma que el órgano jurisdiccional hace acopio a los compromisos internacionales que el Estado de Guatemala ha asumido con la comunidad internacional. Así como a través de esta sentencia integra principios aplicables en materia de derechos humanos y de derecho internacional, así también del Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra.

Para efectos de la emisión de la sentencia relacionada, es importante tomar en consideración que los órganos jurisdiccionales en sus resoluciones no solamente deben apegarse a lo regulado en la Constitución Política de la República, sino también en principios que han sido acogidos por el máximo órgano constitucional, tal es el caso del principio que permite al órgano jurisdiccional aplicar e integrar normas internas con normativa internacional, es decir, el de control de convencionalidad. Dicho principio es reconocido por el máximo órgano constitucional guatemalteco (Corte de Constitucionalidad), en fallos reiterados, siendo uno de sus argumentos que los jueces de oficio deben aplicar este principio, expresándose así:

> Esta Corte parte de que la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional, es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos, citándose, a manera ejemplificativa, los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile [sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No.154, § 124], Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú [sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, § 128] y La Cantuta vs. Perú [sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, § 173]. En ese sentido, en el primero de los casos citados (Almonacid Arellano y otros vs. Chile) el tribunal interamericano precisó que: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin" [Loc. Cit. § 124].

> En el caso del control de convencionalidad que debe hacerse en las resoluciones judiciales en las que puedan verse afectados derechos e intereses de menores de edad, es la realización de dicho control lo que evidencia una correcta observancia de lo regulado en los artículos 44 y 46 de la Constitución[20].

Lo anterior se complementa con el principio denominado "bloque de constitucionalidad", el cual fue reconocido también por la Corte de Constitucionalidad, en la sentencia emitida el 17 de julio de 2012, dentro del expediente 1822-2011[21], en la que indicó:

> El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del "bloc de constitutionalité" surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946). Luego esta misma doctrina se extendió a varios países con el fin de contribuir a formalizar y consolidar los Estados Constitucionales de Derecho surgidos después de la Segunda Guerra Mundial. Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar

---

[20] Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, sentencia de 7 de marzo de 2018. Expediente n.º 5181-2017.

[21] Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, sentencia de fecha 17 de julio de 2012. Expediente n.º 1822-2011.

> que éste es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de éste, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia.

Los principios anteriormente citados son aplicados por la justicia nacional en casos en los cuales se advierte una evidente vulneración a derechos fundamentales, pero en el caso relacionado con delitos internacionales principalmente los que se juzgan en el caso Sepur Zarco, por ser delitos de lesa humanidad, delitos internacionales, entendiendo que un crimen al poseer un carácter internacional lesiona el orden legal en su conjunto, ya que afecta a la comunidad internacional. Es aquí donde cobra relevancia el principio de *complementariedad*. A este respecto, el Estatuto de Roma, en el décimo párrafo del preámbulo y en el artículo 1.º, establece que la Corte penal Internacional tendrá un carácter complementario a las jurisdicciones nacionales. "El derecho actual debe leerse y valorarse necesariamente en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, esto es, del conjunto de derechos, institucionales y procedimientos a nivel regional y universal cuyo objetivo principal es regular, perseguir y sancionar las violaciones sistemáticas que ocurren en el mundo"[22].

Es importante recalcar, según lo establece el Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional (Corte) no será un sistema de jurisdicción exclusiva, esto debido a que no solo este tribunal puede conocer de los crímenes que se contemplan en el Estatuto, ya que serán las jurisdicciones

---

[22] Alfonso Daza, *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional*, (Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2015), 28.

penales nacionales las que tendrán primacía formal para conocer de dichos crímenes, es decir, que por medio del principio de complementariedad se logra una interacción de la Corte con las jurisdicciones nacionales.

En principio, es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal en contra de aquellas personas que resulten responsables de crímenes internacionales, y la creación de la Corte debe de complementar el ejercicio de sus jurisdicciones nacionales. La Corte Penal Internacional no pretende sustituir la jurisdicción nacional de cada Estado, sino por el contrario apoyarlas en la lucha contra la impunidad, principalmente por tratarse de delitos internacionales, siempre que aquellas no puedan o no quieran llevar a los responsables ante la acción de justicia[23].

Atendiendo a la implementación e integración de los principios de control de convencionalidad, bloque de constitucionalidad y el principio de complementariedad el Estado de Guatemala por medio del Organismo Judicial, emitió una sentencia condenatoria en caso de delitos internacionales, contenidos en el artículo 378 del Código Penal de Guatemala, haciendo una interpretación extensiva de la norma sin que con ello se vulneren garantías de los procesados, por medio de la cual satisface el clamor de justicia de las mujeres víctimas de hechos atroces.

La sentencia en el caso Sepur Zarco marca un hito en la historia, puesto que no solo la sentencia fue emitida con carácter condenatorio, sino también por primera vez se otorgó una reparación digna transformadora. Mercedes Hernández, directora de la Asociación de Mujeres de Guatemala, destaca la importancia de la sentencia, ya que condena la esclavitud sexual. Esta, como tal, no había sido juzgada en ningún tribunal local del mundo y tampoco en un contexto de un conflicto armado, como ocurrió en el caso Sepur Zarco.

12. Reparación digna y transformadora

La Asamblea General de las Naciones Unidas adopta los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos y de graves violaciones

---

[23] Mariana Valdés Riveroll, *Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*, (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 5.

al derecho internacional humanitario"[24]. Estos principios establecen el derecho que tienen las víctimas a acceder a la justicia y a una reparación plena que incluya las formas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En el caso Sepur Zarco, se tomaron como base los convenios y tratados sobre derechos humanos, la Constitución Política de la República y el artículo 124 del Código Penal vigente, emitiendo el Tribunal de Sentencia en la audiencia de reparación digna una reparación que no solo se refiere a un pago económico, sino que también ordenó a distintos ministerios del Estado para que a través de sus autoridades proporcionaran la infraestructura necesaria para brindar servicios de salud, educación, seguridad, beneficiando con esto no solo a las víctimas, sino también a la comunidad a la que pertenecen. Se ordena igualmente la publicación en todos los idiomas mayenses de la sentencia, así también que debe incluirse en el pénsum de estudios el caso de las Mujeres de Sepur Zarco, para que sea conocido por todos los guatemaltecos, y la edificación de un monumento, por tal razón se considera una reparación digna y transformadora, principalmente porque busca que se cumpla con el principio de no repetición.

Bibliografía

Arévalo Ramírez, Walter. *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, Tribunales Internacionales y Casos de Estudio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico. *Informe para el Esclarecimiento Histórico. Memorias del Silencio*, tomo III, 1.ª ed., 1999.

Comisión para el Esclarecimiento Histórica (CEH). Guatemala. *Memoria del silencio. La violencia Sexual contra la mujer*, 1999.

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados

[24] Resolución A/RES/60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2005/35. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 21 de marzo de 2006.

a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Resolución de fecha 20 de mayo de 2013. Expediente n.º 1904-2013.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha 7 de marzo de 2018. Expediente n.º 5181-2017.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha 17 de julio de 2012. Expediente n.º 1822-2011.

Daza, Alfonso. *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2015.

Huet, Alfonso. *Nos salvó la sagrada selva. La memoria de veinte comunidades q'eqchi' que sobrevivieron al genocidio*. 1.ª ed., Adici Wakliiqo, 2008.

Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). *Genocidio en Guatemala: Ríos Montt culpable*. Guatemala, 2013.

Méndez Gutiérrez, Luz y Carrera Guerra, Amanda. *Mujeres indígenas: clamor por la justicia. Violencia sexual, conflicto armado y despojo violento de tierras*. Guatemala: F&G Editores, 2014.

Méndez, Luz. *La violación sexual como arma de guerra y componente de femicidio durante el conflicto armado*. Guatemala: Alianza Rompiendo el Silencio, 2013.

Torres-Rivas, Edelberto. *Introducción al perfil de Guatemala*. Madrid: Tribunal Permanente de los Pueblos, Iepala, 1994.

Valdés Riveroll, Mariana. *Principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala.

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El derecho internacional, la regulación de las compañías militares y de seguridad privada (CMSP) y el mercenarismo: análisis y desafíos

Mario Iván Urueña Sánchez*

Resumen

El objetivo de este capítulo es determinar los alcances y limitaciones que tienen las herramientas del derecho internacional para hacer frente al desafío que, para la paz internacional, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, tiene el accionar de las CMSP y su personal. Para ello, se identificarán, por un lado, los niveles de análisis jurídicos atinentes a estos tipos de formas de violencia contemporáneas y, por otro lado, las implicaciones que el accionar que estos individuos y corporaciones tendrían en la responsabilidad internacional del Estado. La metodología propuesta será el análisis documental basado en normatividad y literatura académica.

Palabras clave: derecho internacional, compañías militares, mercenarios, derecho internacional humanitario.

* Profesor del Grupo de Derecho Internacional, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

Abstract

The objective of this chapter is to determine the scope and limitations of the tools of international law to face the challenge that, for international peace, human rights and international humanitarian law, mean the private security companies and their personnel. For this goal, the levels of legal analysis relevant to these types of contemporary forms of violence will be identified on the one hand and, on the other, the implications that the actions that these individuals and corporations would have on the international responsibility of the State. The proposed methodology will be the documentary analysis based on legal norms and academic literature.

Keywords: international law, military corporations, mercenaries, international humanitarian law.

Introducción

¿Cuáles son los alcances y limitaciones del derecho internacional con respecto al accionar de las CMSP? Esta pregunta surge a partir del crecimiento exponencial que ha tenido el sector de la seguridad privada en los últimos años y en la cada vez mayor presencia de sus empresas en diferentes conflictos armados de diversas latitudes. Este fenómeno suele atribuirse a la confluencia de tres factores: i) el final de la Guerra Fría y la derrota del "socialismo real", ii) el desarrollo tecnológico y técnico que puede brindar la iniciativa privada y iii) la tendencia global a la privatización y externalización de servicios[1].

Paralelo a dicho crecimiento en la esfera internacional, es notable que el accionar de las CMSP presenta un desafío considerable para el derecho que regula esta esfera y a los mecanismos útiles para tal fin. Por un lado, la emergencia y consolidación de las CMSP resulta atractiva para los gobiernos en la medida en que permite ahorrar costos, aumentar la eficiencia operativa, libera a los soldados de las actividades no combativas,

[1] P. Pozo Serrano y L. Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP", vol. XXIII, (AEDI, 2007), 320-321.

tiene flexibilidad de contratación y experticia en ámbitos en los que las fuerzas regulares no suelen especializarse[2].

Por otro lado, los problemas que se desprenden de esta nueva forma de hacer la guerra pueden resultar aún mayores que las ventajas. Estos problemas pueden surgir de la dependencia hacia estas compañías, el incumplimiento de los contratos, el fracaso de los ciclos guerra-paz, la posibilidad de subcontratar y de cambiar de razón social, la potencial incapacidad de vigilancia y regulación de los gobiernos y las actuaciones de los empleados de estas compañías que pueden terminar contraviniendo el sistema de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario[3].

El objetivo de este capítulo será entonces el de determinar los alcances y limitaciones que tienen las herramientas del derecho internacional para hacer frente al desafío que, para la paz internacional, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tiene el accionar de las CMSP y su personal.

Para dar alcance a dicho objetivo, este capítulo se dividirá en dos partes. En la primera parte, se hará un análisis desde los niveles del derecho internacional y sus fuentes para dar cuenta del marco jurídico disponible para las CMSP. En la segunda parte, se esbozará un panorama respecto de los desafíos que representa para el derecho internacional el accionar de estas compañías en relación con las zonas grises que se puedan presentar y a la responsabilidad internacional en la que se puede incurrir.

1. Análisis

En esta primera parte del capítulo se tomarán en consideración dos dimensiones de análisis para explorar la forma en que se articula y se diversifica el marco jurídico internacional con respecto al tema de las CMSP: los niveles de análisis y los tipos de fuentes del derecho internacional.

---

[2] D. M. Barnes, "Should Private Security Companies be Employed for Counterinsurgency Operations?", *Journal of Military Ethics* 12, n.º 3 (2013): 203-204.

[3] Ibíd., 205-2017.

1.1. Niveles de análisis

Con respecto a los niveles de análisis, se ha optado por tomar en consideración tres niveles donde la discusión legal de las CMSP ha tenido un gran impacto: el universal, el regional y el interno. En el nivel universal, si bien existe una serie muy amplia de directivas que tocan tangencialmente el tema de las CMSP y del estatus de su personal[4] son muy pocos los marcos jurídicos que se pueden destacar si se piensa en aquellos que le dan un tratamiento amplio a esta problemática global. Cabe señalar que, en el ámbito universal, la producción jurídica más relevante que guarda relación con el tema gira en torno al mercenarismo.

El fenómeno del mercenarismo ha sido un asunto cuya iniciativa ha corrido más por cuenta de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para vincular a los Estados que en el sentido opuesto. Prueba de ello son la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (1989); la Resolución 2465 de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que declara criminal el uso de mercenarios contra los movimientos de liberación nacional, la Resolución 35/48 de la Asamblea General de la organización que busca, por un lado, tipificar delitos cometidos por los mercenarios y las personas que los reclutan, utilizan, financian y entrenan y, por otro lado, imponer a los Estados parte obligaciones conexas; y la Resolución 2005/2 de la Comisión de Derechos Humanos de la misma organización sobre el uso de mercenarios para violar los derechos humanos[5].

---

[4] En este apartado se destaca el derecho de Ginebra con los artículos 4ª, 1, 2, 3, 6 y 127 del III Convenio, el artículo 144 del IV Convenio, los artículos 43, 50 y 52 del Protocolo Adicional I y el derecho de La Haya con el Convenio de 1899 (particularmente la Cláusula Martens). Luego se encuentran otros tratados multilaterales como el Convenio de Tokio de 1963, la Convención de La Haya de 1970, el Convenio de 1973 relativo a prevención y castigo de delitos contra persona protegida, el Convenio contra la toma de rehenes de 1979 y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra navegación marítima de 1988.

[5] Pozo Serrano y Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP"; P. Jackson, "War is too serious to be left to military men: Private companies, combat and regulation", *Civil Wars* 5, n.º 4 (2002): 30-55; C. Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées", *Cultures & conflits* 52 (2003): 2-16; C. Kinsey, "Challenging international law: a dilemma of private security companies", *Conflict, Security & Development* 5, n.º 3 (2005): 269-293; A. Faite, "Involvement of private contractors in armed conflict: implications under international humanitarian law", *Defence Studies* 4, n.º 2 (2004): 166-183;

El desencuentro entre la voluntad de la ONU y la de los Estados parte de ser un tema superado y no solo es exclusivo de la esfera del mercenarismo. Así como la Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios tuvo que esperar más de una década para su entrada en vigor (fue aprobada en 1989, pero solo hasta 2001 logró el mínimo de firmas para su ratificación)[6]. Actualmente la situación persiste en lo que compete a las CMSP. En el año 2009, fue concluido el último borrador de la Convención sobre las Compañías Militares y de Seguridad Privadas, una propuesta para establecer un marco legal totalmente nuevo que fije obligaciones para las CMSP y su personal sin que en la actualidad pueda visualizarse una pronta ratificación[7].

No obstante, existen otros sujetos atípicos que han logrado un éxito relativamente superior al de la ONU a la hora de constituir normas de regulación para los mercenarios y las CMSP. Tal es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Por un lado, es el derecho de Ginebra el que más ha colaborado en el abordaje y definición de lo que es un mercenario a través de sus dos últimos convenios y su primer protocolo. Por el otro lado, el CICR, en colaboración con el gobierno suizo, impulsó el Documento Montreux, un acuerdo intergubernamental que prescribe obligaciones legales y buenas prácticas para los Estados en la contratación de CMSP en conflictos armados. Sin embargo, el supuesto éxito del CICR bien puede ser explicado por la vaguedad e inoperancia de sus definiciones, la modestia de su alcance, su nulo carácter vinculante y la inexistencia de nuevas obligaciones legales[8].

En el ámbito universal puede decirse entonces que: i) el tema del mercenarismo genera mayor interés para el derecho internacional que el de la actuación de las CMSP en sí y ii) la iniciativa por crear un marco de

---

ONU, *Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación*, (Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), 2002.

[6] T. K. Adams, "Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century", *Small Wars and Insurgencies* 13, n.º 2 (2002): 54-67.

[7] K. A. Huskey, "Accountability for Private Military and Security Contractors in the International Legal Regime", *Criminal Justice Ethics* 3, n.º 13 (2012): 205.

[8] Ibíd. Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées"; y Pozo Serrano y Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP".

regulación para las CMSP ha recaído más en las organizaciones inter y no gubernamentales que en los Estados.

En el nivel regional, es pertinente resaltar que la producción jurídica es contingente en un doble sentido: i) en que responde a la coyuntura del sistema internacional y ii) en la amplitud geográfica de esta coyuntura. En primer lugar, el periodo de las décadas de 1960 y 1970 fue determinante para el desarrollo del derecho internacional y el derecho de guerra por la proliferación de conflictos armados internos producto de una ola de descolonización. Esta ola fue causada por el declive hegemónico de potencias como el Reino Unido y Francia. En segundo lugar, aunque hubo otros lugares como el sudeste asiático, el epicentro de este fenómeno fue el continente africano.

Precisamente, es en África en donde en este lapso se da un importante desarrollo de la normatividad cuyo objeto es regular la práctica del mercenarismo. Aquí se presentan como precedentes fundamentales el Acuerdo sobre el Mercenarismo de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1972, el cual nunca llegó convertirse en ley internacional[9], y el juicio contra los trece mercenarios juzgados en Angola en 1976.

Pese a que el espíritu del acuerdo tampoco logró cristalizarse en la fallida Convención de Luanda sobre la Prevención y Supresión de Mercenarios de 1976, la persistencia por sacar adelante un tratado regional por parte de la OUA encontró sus frutos en la aprobación de la Convención para la Eliminación de los Mercenarios en África de 1977 (la cual entra en vigor en 1985)[10]. Es debido a la combinación de tiempo, lugar y necesidad que se puede explicar el porqué de la perseverancia para condensar marcos jurídicos específicos en el ámbito regional ante la inexistencia de otras proposiciones en otras latitudes.

Por último, el nivel de análisis interno parece ser el más dinámico entre los tres vistos. Aun así, puede verse que la normatividad en este nivel responde más a la iniciativa de los Estados que son grandes proveedores de seguridad privada que a la de los que más la padecen, lo cual denuncia

---

[9] Adams, "Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century".

[10] Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées", 273; Pozo Serrano y Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP"; Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées".

una suerte de fracaso por parte de los marcos jurídicos existentes en los dos niveles superiores.

El dinamismo de este nivel radica en la existencia de normas más adecuadas y más sincrónicas con las complejas realidades de la actuación de las CMSP. Aquí se destaca la participación del Reino Unido y de los Estados Unidos como grandes contribuyentes de instrumentos de regulación a las CMSP. En relación con el primer país, es importante destacar la publicación en el 2002 de los *Green Papers*. En estos documentos no vinculantes, el gobierno británico advierte la existencia de nuevos actores en el sistema internacional para establecer principios de prohibición de reclutamiento y actividades militares de británicos en el extranjero, aparte de la notificación, registro y establecimiento de un código de conducta y de autorregulación de las CMSP[11].

Por su parte, los Estados Unidos van más allá al erigir como su instrumento principal el *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA) de 2000, cuya jurisdicción fue expandida en 2007 con la ley HR2740. Aparte del MEJA, existen otros mecanismos jurídicos como la Jurisdicción Especial Marítima y Territorial (SMTJ) para juzgar crímenes como la mutilación, el secuestro, el asalto, el asesinato o el homicidio culposo que involucren a ciudadanos o bienes estadounidenses fuera de su territorio. También se encuentra el Código Uniforme de Justicia Militar (UCMJ), que cubre a los civiles que actúan en el terreno y acompañan o sirven a los militares en tiempos de guerra, además de otras leyes y disposiciones[12].

---

[11] Jackson, "War is too serious to be left to military men: Private companies, combat and regulation"; R. Kinsey, "Regulations and Control of Private Military Companies: The Legislative Dimension", *Contemporary Security Policy* 26, n.º 1 (2005): 84-100.

[12] Entre las leyes tocantes a esta problemática pueden hallarse: la S. 674 sobre transparencia y rendición de cuentas en los actos de contratación de temas militares y de seguridad en 2007: esta legislación pide información sobre los contratistas y subcontratistas que trabajen en Irak o Afganistan con noventa días de antelación. También da lineamientos sobre la coordinación entre las Fuerzas Militares y los contratistas y define el marco legal de los contratistas; la S. 1547, que autoriza la defensa nacional para el FY2008: se da la orden a la Secretaría de Defensa de regular las actividades de las PMC en áreas de combate; la HR369, que promueve la transparencia y la rendición de cuentas en contratos militares y de seguridad, la cual consiste en una revisión de todos los contratos de esas compañías a través de la Secretaría de Defensa, en especial de la agencia de contratos en defensa; la HR3663, que da nuevas directrices para Irak en 2007: hace referencia a la vigilancia del Congreso frente a las PMSP; la HR897a Acto

A pesar de que se ha hecho la mención de dos países cuyas compañías son grandes proveedoras, vale la pena mencionar dos casos que dan a creer que la afirmación arriba expuesta debe matizarse. El primer caso es Irak, claramente un país que ha padecido del accionar de las CMSP, siendo el caso más emblemático el del tiroteo de personal de Blackwater en contra de civiles iraquíes el 16 de septiembre de 2007 en la plaza Nisur de Bagdad, el cual dejó 17 civiles muertos[13].

Cabe aclarar que antes de este incidente ya existía una regulación doméstica para las CMSP. La cuestión es que estas reglas de actuación fueron en buena parte implementadas por la Autoridad Provisional de la Coalición (CPA). Así, la CPA n.º 17 de 2004 (contratistas están exentos de la ley iraquí por actos relacionados con sus contratos), n.º 3 (se faculta a las autoridades iraquíes, las fuerzas de la coalición y a las compañías privadas a portar armas) y n.º 78 (obligación de las compañías a registrarse en el Ministerio del Interior Iraquí) respondieron en mayor medida a los intereses de Estados Unidos que a los de la población local[14]. Por lo tanto, se juzga apresurado considerar la experiencia iraquí como una reacción autónoma ante el desafío de las CMSP.

El segundo caso parece presentar la única excepción plausible a esta regla: Sudáfrica. Allí, la oficina presidencial aprobó en 1998 el *Foreign Military Assistance Act*, que buscó regular la representación de la ayuda

---

de reconstrucción de Irak de 2007: hace referencia a la necesidad de informar al Congreso de todos los contratos por cinco millones de dólares dados para la reconstrucción; la HR1581, Acto para la Reconstrucción de Irak 2007: esta regulación tiene como fin dar un conjunto de medidas para vigilar todos los contratos con el fin de reconstruir Irak; la HR1585, Acto de autorización de defensa nacional FY2008: prohíbe después de 2008 al DOD y a USAID de realizar contratos para Irak y Afganistán, excepto que se realizará un memorando de entendimiento entre las cabezas de esas entidades. También se exige en este acto enviar informes de contratos en esos países al Congreso cada seis meses y la HREs97: el DOD y el inspector general para Irak deben informarle al Congreso sobre los gastos y contratos realizados para la reconstrucción de Irak. J. K. Elsea, "Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status and others issues", en *Military Contractors: Legal Status, Oversight and Security*, editado por R. M. Quigly, 37-72, (Nueva York: Nova Science Publishers, 2009).

[13] P. B. McCarron, "The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial jurisdiction Act", *Corrections Today* 70, n.º 6 (2008): 38-55.

[14] Elsea, "Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status and others issues".

militar extranjera que prestara servicios dentro de su territorio[15]. Aunque compañías sudafricanas devinieron con los años en grandes prestadoras de servicios militares privados, hay que enfatizar en que esta acta tocó prioritariamente el tema de compañías extranjeras que actuaban dentro del territorio del país africano.

Los cuatro casos mencionados dan la impresión de ratificar una desregulación en los niveles universal y regional que obligan a las naciones poderosas o a las que gozan de una cierta autonomía a fijar parámetros de comportamiento a las compañías que incurren en acciones delictivas o irregulares.

1.2. Las fuentes

En el derecho internacional, los tipos de fuentes permiten vislumbrar el grado de codificación y de vinculación que tienen los marcos jurídicos para ser cumplidos por aquellos a quienes van dirigidos. Por eso, se parte de analizar desde tres tipos de fuentes la problemática de las CMSP: las formales, los medios auxiliares y el *soft law*.

En cuanto a las fuentes formales (tratados y costumbre) es evidente que existe una asimetría en cuanto a la manera en que ambas se manifiestan para el presente caso. En lo que respecta a los tratados, si bien es cierto que hay convenciones y convenios que tocan sobre todo el asunto del mercenarismo, la capacidad de codificación que tienen estos es insuficiente para dar respuesta a un contexto tan dinámico (sobre este tema se profundizará más adelante). En este punto es prudente aclarar que la Convención para la Eliminación de los Mercenarios en África de 1977 intenta dar una definición más precisa de lo que lo hace el derecho de Ginebra[16]. Por su parte, la costumbre internacional es tal vez la fuente del derecho internacional cuya participación es más deficiente para intentar ponerle coto a los vejámenes producidos por las CMSP[17]. El rol que suele ocupar esta fuente da la impresión de ser neutralizado por la primacía de las fuentes materiales del derecho internacional.

---

[15] McCarron, "The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial jurisdiction Act".

[16] Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées".

[17] Pozo Serrano y Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP".

Por otro lado, puede verse en los medios auxiliares (en especial la jurisprudencia) un poco más de decisión para aportar en este debate. En este sentido, deben considerarse dos dimensiones: la de tribunales internacionales y estatales. En relación con la jurisprudencia internacional el caso Tadic es insigne. Aquí, el Tribunal Permanente Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) plantea la problemática sobre la distinción entre aquellos que toman parte activa en las hostilidades y los que no tanto[18], lo que sin duda permite sentar las bases para una adecuada tipificación de las diferentes naturalezas del personal que pertenece a las CMSP.

En lo relacionado con la jurisprudencia de los Estados, existe un material aún más rico de análisis para perfeccionar las herramientas internacionales. Los tribunales federales estadounidenses han fijado importantes precedentes al determinar la responsabilidad conjunta que existe entre individuos o empresas y los Estados. Casos como el Kadic *vs*. Karadzic (el tribunal de Nueva York consideró que la manera en que el criminal de guerra Radovan Karadzic implementó la tortura y la ejecución sumaria en contra de sus opositores era una acción de Estado por el análisis del *color of law*), el Arias *vs*. Dyncorp (el tribunal de Washington juzga el apoyo de la acción estatal con las CMSP por medio del test de acciones conjuntas para concluir que hubo colaboración entre contratistas del Departamento de Estado, con los gobiernos de USA y Colombia para verter sustancias tóxicas para afectar a campesinos ecuatorianos) y el Blum *vs*. Yaretsky (al plantear que las acciones de las CMSP están apoyadas de manera significativa por el Estado, en últimas terminan siendo acciones de este último) demuestran que es posible entablar responsabilidad al Estado por hechos ilícitos que particulares o empresas ejecutan con su avenencia o complicidad[19].

En tercer lugar, a pesar de que el *soft law* aparece a la vanguardia de los mecanismos de regulación de las CMSP y de su personal, su incapacidad para crear vinculación lo hace inerme al tamaño del desafío que enfrenta. Por un lado, aparece la ya mencionada resolución 2005/2 de la

---

[18] S. Bosch, "Private security contractors and internartional humanitarian law -a skirmish for recognition in international armed conflicts", *African Security* 16, n.º 4 (2007): 34-52.

[19] J. S. Lam, "Accountability for Private Military Contractors under the Alien Tort Statute", *California Law Review* 97, n.º 5 (2009): 1459-1499.

Comisión de Derechos Humanos de la ONU, a la que se le podrían sumar los *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* de la Comisión de Derecho Internacional de la misma organización, en los que se abarca el tema de la responsabilidad del Estado no solo frente a sus fuerzas de seguridad sino también a sus ciudadanos que atentan contra la integridad de la población de otro Estado[20]. No obstante, al ser resoluciones de comisiones de la organización internacional no se genera una obligación para los Estados.

Por otro lado, el citado Documento Montreux fue complementado en diciembre de 2013 por la "Conferencia Montreux +5", en la cual se buscaba evaluar la aplicación del documento original para afirmar que "un enfoque de múltiples capas, en el que se combinan instrumentos de *soft law* y de autorregulación con legislaciones internas es innovador y ha probado ser eficiente y efectivo"[21]. Otras directrices de *soft law* a propósito de las CMSP incluyen las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 1976, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos humanos aprobado en 2011 por el Consejo de Derechos humanos de la ONU, los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, elaborados en 2000 y el Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada, suscrito el 9 de noviembre de 2010[22]. Este código reunió a las 58 contratistas en seguridad privada más grandes del mundo y plateó como temas: definiciones, implementación, provisiones generales, compromisos generales, requisitos específicos acerca de la conducta del personal (conducta general, reglas del uso de la fuerza, uso de la fuerza, detención, arrestar personas, prohibición de las torturas y otros actos crueles, explotación sexual, tráfico humano, prohibición de la esclavitud, el trabajo forzado y las peores formas del maltrato infantil, discriminación, identificación y registro), compromisos específicos de

---

[20] Faite, "Involvement of private contractors in armed conflict: implications under international humanitarian law".

[21] J. Jorge Urbina, "Actores no estatales y externalización de las funciones militares en los conflictos armados: los contratistas privados ante el derecho internacional humanitario", vol. 8 (ACDI, 2015), 66.

[22] Ibíd., 54.

manejo y control (entrenamiento y uso de armas, reporte de incidentes, veto del personal)[23].

En síntesis, se puede observar que del análisis de tipos de fuentes del derecho internacional se pueden extraer dos conclusiones: i) que las fuentes formales del derecho se muestran, bien sea por su ambigüedad o inconsistencia, incapaces para presentarse como una herramienta eficaz para regular las conductas de las CMSP y de su personal, dejando la iniciativa a los otros tipos de fuentes y ii) que la preeminencia del *soft law* para encarar este problema termina dejando en manos de la autorregulación y del derecho internacional privado la competencia para prevenir hechos ilícitos producto de estas empresas y de quienes allí trabajan.

2. Desafíos

En esta parte del capítulo se abordarán dos de las grandes problemáticas que se juzga prudente observar en pos de delimitar las falencias del marco jurídico sobre el tema de las CMSP y del personal que en ellas trabaja. De allí se partirá a afirmar que i) el marco jurídico y sus múltiples zonas grises se prestan para que las actividades de las CMSP y su personal puedan combinar impunemente actividades legales y justas con otras que no son ni una cosa ni otra, y que ii) estas zonas grises también se prestan para difuminar la responsabilidad no solo de estas empresas sino también de los Estados que las contratan o actúan mancomunadamente con ellas.

2.1. Tipificación de empresas y personal

El mundo de las compañías relacionadas con los temas de seguridad se caracteriza por abarcar una infinidad de funciones en las cuales es difícil dilucidar su verdadera naturaleza y, más aún, delimitar el *status* jurídico de quienes trabajan en ellas. Esta doble circunstancia es causada en gran medida por la incapacidad que tiene el derecho internacional para tipificar a unas y a otros, cosa que invita a identificar las zonas grises que se presentan al tratar de dar una definición unívoca.

De parte de las compañías, se observa que sus fines y medios son puntos centrales para buscar una clasificación. María Ángeles Cano enmarca una

[23] D. A. Wallace, "International Code of Conduct for Private Security Service Providers", *International Legal Materials* 50, n.º 1 (2011): 89-104.

primera diferenciación entre el fin perseguido, el objetivo de la actividad y la función sustituida para distinguir entre empresas ofensivas y defensivas[24]. Por otra parte, los *Green Papers* británicos distinguen tres tipos de empresas: las compañías privadas de seguridad (se dedican más que todo a la protección de personal y de infraestructura), las compañías de inteligencia privada (subgrupo del primer tipo que enfatiza en acciones no físicas propias de la comunidad de inteligencia) y las compañías militares privadas (dispuestas a entrar en operaciones de combate)[25].

Deborah Avant propone una división inicial a partir del tipo de contrato que vincula a las compañías con los Estados entre empresas con vocación militar (apoyo armado operacional, apoyo operacional no armado en el campo de combate, asesorías y entrenamientos militares no armados y apoyo logístico) y policial (seguridad armada y no armada *in situ*, asesoramiento y entrenamiento policial, prevención del crimen e inteligencia)[26]. Por último, P. W. Singer hace la discriminación entre firmas proveedoras militares (asistencia militar táctica directa que incluye servir en el frente de combate), firmas consultoras militares (asesoría estratégica y experticia en entrenamiento para clientes que buscan cambiar sus organizaciones) y firmas de apoyo militar (servicios logísticos, de inteligencia y de mantenimiento de las fuerzas armadas)[27].

Pese a que las anteriores definiciones enriquecen el debate sobre la posible tipificación de las CMSP para su regulación, la vocación mixta de algunas de estas compañías y la indeterminación de su figura legal son obstáculos importantes en esta tratativa. De un lado, las categorizaciones arriba mencionadas se presentan como una suerte de tipos ideales que no encuadran del todo la versatilidad con la que cuentan las CMSP, en especial,

---

[24] M. Á. Cano Linares, "El derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial. ¿El fin de un monopolio?", *Anuario Derecho* XXIV (2008), 61.

[25] Jackson, "War is too serious to be left to military men: Private companies, combat and regulation", 38.

[26] D. Avant, "Private Security", en *Security Studies*, editado por P. D. Williams, 462-476, (Nueva York: Routledge, 2012), 430.

[27] D. L. Rothe, y J. I. Ross, "Private Military Copntractors, Crime and the terrain of Unaccountability", *Justice Quaterly* 27, n.º 4 (2010): 595; Pozo Serrano y Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP", 326; Jr, G. Schaud, "Civilian Combatants, Military Professionals? American Officer Judgements", *Defence Studies* 10, n.º 3 (2010): 373.

las más grandes, a la hora de ofertar sus servicios a los Estados. Del otro lado, las CMSP no pueden ser tomadas ni como fuerzas adscritas a los Estados (por su carácter privado) ni como grupos armados beligerantes. Como lo remarca Renée de Nevers, "las CMSP no reúnen todos los requisitos para ser grupos armados o milicias que merezcan el estatus de combatientes: operar bajo un mando claro, tener un uniforme o signos distintivos que puedan ser reconocidos a la distancia, llevar armas abiertamente y acogerse a las leyes de la guerra"[28]. Esto las deja en un estado de indeterminación perjudicial para aquellos que se ven afectados con su accionar.

De parte del personal que trabaja en las CMSP surgen dos problemáticas. De un lado, su estatus (civil o combatiente) y, del otro, de si son mercenarios o no y de si se les puede juzgar como tales. En relación con la primera problemática, las categorías de combatiente o civil generan más inquietudes que certezas. Existen herramientas jurídicas útiles derivadas del derecho natural, como la Cláusula Martens del II Convenio de La Haya de 1899, que van más allá del derecho convencional para evitar la inaplicabilidad del *ius in bello* a quienes participan en conflictos armados internacionales. Esta cláusula equipara además a combatientes y civiles ante la ausencia de un derecho convencional al garantizar la protección y someterlos a los principios del derecho de gentes emanado de los usos establecidos[29].

Sin embargo, no existe una definición de combatiente para los conflictos internos en el DIH, lo que presenta un serio obstáculo para la aplicación de sus normas. Esto porque es en este tipo de conflictos donde los miembros de las CMSP se desenvuelven mayormente hoy en día. De este carácter interno de los conflictos de los que hacen parte los trabajadores de las CMSP se desprende que figuras como la del prisionero de guerra no sean tenidas en cuenta.

Ante la falta de herramientas jurídicas para tratar a los trabajadores de las CMSP como combatientes, tampoco parece del todo apropiado otorgar a los trabajadores de estas compañías los derechos consagrados para los

---

[28] R. de Nevers, "Private Security Companies and the Laws of War", *Security Dialogue* 40, n.º 2 (2009): 175.

[29] Urbina, "Actores no estatales y externalización de las funciones militares en los conflictos armados: los contratistas privados ante el derecho internacional humanitario", 48.

civiles. Si bien existen muchas labores desempeñadas por este personal en cuestiones netamente de asesoría o de entrenamiento, como fue arriba señalado, también es cierto que muchas de estas labores recaen en acciones más propias de combate o de represión[30]. Se entrevé, entonces, otra gran zona gris del DIH para hacer frente al desafío de las CMSP.

En relación con el mercenarismo se presenta una paradoja. A pesar de contar con un marco jurídico especializado para su tratamiento, su aplicación al personal de las CMSP es aún más complicada. Por una parte, existe un tratado multilateral y otro regional que otorgan una definición de lo que es un mercenario. El Protocolo Adicional I de Ginebra brinda en su artículo 47.2 una definición multidimensional de esta práctica militar:

> Se entiende por mercenario toda persona: a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado; b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades; c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte; d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto; e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto[31].

Esta definición es fuertemente criticada por la literatura que aborda el tema puesto que juzga que i) es muy vaga, ii) es una definición que para ser aplicable requiere que los seis requisitos que la componen deban

---

[30] Faite, "Involvement of private contractors in armed conflict: implications under international humanitarian law", 172.

[31] Pozo Serrano y Hernández Martín, "El marco jurídico de las CMSP".

confluir en simultánea y iii) tiene un campo de acción delimitado a los conflictos internacionales[32].

En el derecho de Nueva York el tema del mercenarismo se ha posicionado como un asunto de mayor interés por cuanto la doctrina de la ONU ha considerado el uso de mercenarios como una práctica lesiva a sus principios generales. La igualdad soberana, la independencia política, la integridad territorial, la libre determinación de los pueblos y la amenaza a los derechos humanos son puestos en vilo por la entrada en escena de este irregular tipo de combatiente. La presión de varios países, principalmente africanos, hizo que la ONU tomara cartas en el asunto cuando en 1987 su Comisión de Derechos Humanos nombrara a Enrique Bernales Ballesteros como su relator especial sobre mercenarios[33].

Como parte de este proceso, la ONU aprueba en su Asamblea General de 1989 la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios. A diferencia del derecho de Ginebra, esta convención otorga una definición más pertinente de los que es un mercenario, siendo esta:

> Se entiende por mercenario toda persona que: *a*) Tome parte en ese acto animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y la incite a ello la promesa o el pago de una retribución material; *b*) No sea nacional o residente del Estado contra el que se perpetre ese acto; *c*) No haya sido enviada por un Estado en misión oficial; y *d*) No sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se perpetre el acto[34].

A esta definición se une la de la convención africana de 1977 que también puede llegar a ser más pertinente que la del primer Protocolo de Ginebra. En ambos casos, el fracaso y la inaplicabilidad persisten como

---

[32] E. Rousseau, "International Law and Private Military Companies: a Search for Clarity Droit International, sociétés militaires et conflit armé: Entre incertitudes et responsabilités", *Journal of Intervention and Statebuilding* 8, n.º 1 (2014): 99-104; Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées", 8.

[33] Adams, "Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century", 60.

[34] ONU, *Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación*.

la constante. En la definición de la ONU sigue siendo improcedente por cuanto esta se centra en el individuo más que en la actividad y porque el probar en un tribunal el provecho personal terminaría siendo una tarea bastante compleja. Con el caso africano el motivo del fracaso tiene más que ver con que los países firmantes del tratado son los que más efectivamente han terminado usando mercenarios para combatir fuerzas opositoras, lo que terminó por desacreditar el espíritu de esta definición[35].

Por la otra parte, el contar con una definición de mercenarismo no significa necesariamente que los contratistas de las CMSP reciban automáticamente esta categoría. De hecho, varios autores son escépticos de cara a una posible responsabilidad internacional de estas compañías justo por lo improbable de que algún día su personal reciba este estatus[36]. Retomando el tema del Relator Especial, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y las CMSP, han sido muchos los ires y venires de esta relación que han terminado en un escenario de indecisión que favorece con impunidad a estas últimas. A juzgar por las actuaciones de Ballesteros, su sucesor Shaista Shamen y el grupo de trabajo que reemplazó a este último, las discusiones sobre la revisión del concepto de mercenario, sobre si estas compañías pueden ser asociadas con esta actividad y sobre su regulación o criminalización han centralizado el debate sin llegar a acuerdos fructíferos aún[37].

Aparte de esto, existe una divergencia de opiniones entre si el mercenarismo es un crimen por sí mismo o si depende de una acción criminal para ser considerado un hecho ilícito. La primera postura es defendida por un grupo de países africanos, mientras que la segunda postura es esgrimida por los países de la OCDE[38]. Otras cuestiones adicionales que aún

---

[35] P. Jackson, "War is too serious to be left to military men: Private companies, combat and regulation", *Civil Wars* 5, n.º 4 (2002): 40.

[36] Urbina, "Actores no estatales y externalización de las funciones militares en los conflictos armados: los contratistas privados ante el derecho internacional humanitario"; Kinsey (2005), Urbina (2015).

[37] Krahmann, E., "From 'Mercenaries' to Private Security Contractors: The Reconstruction of Armed Security Providers in International Legal Discourses", *Millennium: journal of International Studies* 40, n.º 2 (2012): 343-363.

[38] Cano Linares, "El derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial. ¿El fin de un monopolio?"; Kinsey, "Le droit international et le controle

están irresueltas sobre el tema del mercenarismo giran en torno a si esta actividad debe ser prohibida o regulada, de si depende de la comisión de delitos comunes o especiales o de si ser mercenario es un delito específico o si debe encuadrarse en los ya tipificados[39].

En síntesis, los avances del derecho internacional en relación con la regulación de las CMSP responden más al plano formal del derecho internacional, mientras que las limitaciones y vacíos jurídicos que persisten pueden representar en la práctica una amenaza real a los derechos humanos de los pueblos menos favorecidos de la comunidad internacional.

2.2. Responsabilidad de los Estados y las compañías

Aunque hasta el momento la discusión que presenta este capítulo se ha focalizado en las CMSP, su naturaleza y su intento de tipificación, es evidente que para el derecho internacional el tema de la responsabilidad también recae en el Estado. Por eso es que este apartado observará cómo funciona el tema en cada uno de ellos y en su interacción.

En un primer plano, hay dos inquietudes que acaparan la preocupación acerca de la responsabilidad de las CMSP: la rendición de cuentas y la subjetividad jurídica internacional. Para la rendición de cuentas, no existe una instancia especializada ni una normatividad puntual que obligue a las CMSP a responder por su conducta. Como ya ha sido visto, los instrumentos del derecho internacional que pretenden poner coto al comportamiento de estas compañías hacen parte de las fuentes blandas del derecho, por lo que su carácter vinculante es inexistente. Además, el escaso conocimiento que tienen los grupos de presión sobre las actividades de estas compañías y las pocas bases para diagnosticar la legalidad de sus actos, los hacen más difícil exigir cuentas a estas organizaciones[40]. Esto también se refleja desde el punto de vista político, ya que las CMSP no han sido fuertemente controladas por los países a los que pertenecen, que en

---

des mercenaires et des compagnies militaires privées"; Faite, "Involvement of private contractors in armed conflict: implications under international humanitarian law".

[39] ONU, *Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación*.

[40] A. Leander, "The paradoxical Impunity of Private Military Companies: Authority and Limits to legal accountability", *Security Dialogue* 41, n.º 5 (2010): 485.

general son grandes potencias. Esto puede explicarse en la medida en que ellas responden a sus intereses hegemónicos y apoyan las políticas que estos adelantan en los países en donde operan[41].

En cuanto a su subjetividad, la condición de personas jurídicas de las CMSP les ha facilitado evadir la acción de la justicia internacional. Teniendo en cuenta que un sujeto del derecho internacional es aquel que tiene derechos y deberes en este marco normativo, como por ejemplo los Estados o los individuos, las empresas transnacionales (dentro de las que caben las CMSP) se conciben más bien como actores. Esto hace que ante los tribunales internacionales puede llamarse a las personas que trabajan en las CMSP, pero no a las compañías en sí. Esto hace que acá tampoco sea posible que los mecanismos del derecho internacional público puedan perseguir y sancionarlas por su capacidad corporativa[42].

Al encontrar poco éxito en la búsqueda de responsabilidad por parte de las CMSP, no parece existir otra opción que la de indagar sobre qué ocurre del lado del Estado. En la visión tradicional del derecho internacional, la responsabilidad del Estado parte de dos ejes de análisis: i) las pérdidas y daños sufridos y ii) la responsabilidad frente a la seguridad de otros Estados[43]. Esto pone de presente que serían dos los tipos de Estados los que incurrirían en responsabilidad por no controlar efectivamente el accionar de las CMSP: los Estados de donde proviene su personaría jurídica y aquellos donde estas operan.

Para los dos tipos de Estado, la ambigüedad jurídica que rodea el mundo de las CMSP es un factor del cual ambos terminan sacando provecho y, de paso, evadiendo también su responsabilidad. Los países de donde provienen estas compañías son usualmente grandes potencias con intereses económicos y políticos claros en los lugares donde estas operan. Para ellos, delegar en firmas privadas un tema tan sensible como lo es la

---

[41] Adams, "Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century", 64.

[42] Rousseau, "International Law and Private Military Companies: a Search for Clarity Droit International, sociétés militaires et conflit armé: Entre incertitudes et responsabilités"; Huskey, "Accountability for Private Military and Security Contractors in the International Legal Regime"; Barnes, "Should Private Security Companies be Employed for Counterinsurgency Operations?".

[43] Kinsey, "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées", 10.

búsqueda por la seguridad en territorios inestables es la oportunidad para obtener ganancias relativas importantes sin caer en el desprestigio de ser acusados de prácticas imperialistas ni de sacrificar sus tropas regulares. Para los Estados receptores, o más bien para sus élites, las CMSP se presentan como una oportunidad valiosa para conjurar fuerzas desestabilizadoras que ponen en riesgo su proceso de acumulación económica y control social. De esa manera pueden entenderse actitudes conjuntas de unos y otros en fracasos como el intento fallido en 2001 de la ratificación de la Convención contra el reclutamiento de 1989[44].

Un tercer frente de preocupación, y tal vez el más complejo de todos, se plantea cuando se habla de la combinación del poder militar y el poder corporativo. El monopolio de la violencia por parte del Estado y el control democrático de la defensa son dos preceptos inherentes a la modernidad[45]. Sin embargo, factores como i) el uso de las CMSP por otros actores legales e ilegales, ii) el uso de las CMSP por gobiernos altamente impopulares e incluso ilegítimos, y iii) el uso de estas compañías por Estados intervencionistas puede terminar por socavar el panorama de los derechos humanos en los países afectados. Cosa que no es improbable, debido a que la mayoría de los teatros de operaciones de las CMSP se caracterizan por su fragilidad institucional y humanitaria.

De esta combinación, Dawn Rothe y Jeffey Ross advierten esta potencial complicidad mediante el concepto de crímenes Estado-corporativos, los cuales se pueden definir como:

> la acción ilegal o socialmente perjudicial que resulta como producto colectivo de la interacción entre [...] corporación y la agencia del Estado... (esta) involucra la activa participación de dos o más organizaciones, en donde una es privada y la otra es pública. Es el resultado dañino de la relación interorganizacional entre los negocios y el gobierno[46].

---

[44] Adams, "Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century", 62.

[45] D. Machairas, "The Ethical Implications of the Use of Private Military Force: Regulatable or Irreconciliable?", *Journal of Military Ethics* (2014): 50.

[46] Rothe y Ross, "Private Military Contractors, Crime and the terrain of Unaccountability", 599.

Para finalizar, se puede decir que el tema de la responsabilidad de las CMSP y de los Estados refleja la asimetría misma del sistema internacional, donde las grandes potencias utilizan a sus empresas transnacionales como mecanismos extensivos de su política exterior más con el fin de preservar sus intereses hegemónicos que la seguridad internacional. Aquí, el derecho internacional y su aparente incapacidad completan el cuadro al diluir o hacer ambiguo cualquier intento de fijar responsables a los perpetradores de crímenes contra la humanidad.

Conclusión

En este capítulo se propuso realizar un análisis y plantear unos desafíos con respecto a la relación entre el derecho internacional y el accionar de las CMSP y su personal. Este objetivo fue parcialmente alcanzado en la medida en que se realizó en primera instancia un recorrido por los diferentes niveles de análisis del derecho internacional para vislumbrar un marco jurídico conforme al desafío, pero caracterizado por la escasa vinculatoriedad para regular o para sancionar las infracciones cometidas por el personal de estas compañías.

Además, las posibilidades de que el accionar de las CMSP pueda terminar sirviendo para la comisión de infracciones al sistema internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario abrió el interrogante sobre la responsabilidad internacional que de allí surge. Por un lado, la posibilidad de encuadrar al personal de las CMSP bajo el estatuto de mercenario es una propuesta que hace cara a serios problemas. Problemas ligados a la dificultad de hacer este encuadramiento y a lo improcedente que es la tipificación de mercenario en el derecho internacional contemporáneo. Por el otro lado, se planteó la posibilidad de combinar la responsabilidad internacional del Estado con la de las empresas en un modelo mixto que sin dudas dará para debatir en un futuro próximo.

Por último, las repercusiones de este capítulo pretenden abrir el debate sobre las subjetividades del derecho internacional. En el mundo actual, el esquema estadocéntrico debe ser repensado en aras de concebir herramientas del derecho internacional acordes con las que las realidades dinámicas de hoy demandan. Tornar la mirada hacia el universo de las empresas transnacionales y su papel en el sistema internacional con el

objeto de proponer mecanismos de regulación puede ser un primer paso en esa dirección.

Bibliografía

Artículos académicos

Adams, T. K. "Private Military Companies: Mercenaries of the 21st Century". *Small Wars and Insurgencies* 13, n.º 2 (2002): 54-67.

Barnes, D. M. "Should Private Security Companies be Employed for Counterinsurgency Operations?". *Journal of Military Ethics* 12, n.º 3 (2013): 201-224.

Bosch, S. "Private security contractors and internartional humanitarian law. A skirmish for recognition in international armed conflicts". *African Security* 16 n.º 4 (2007): 34-52.

Cano Linares, M. Á. "El derecho internacional humanitario frente al uso de la fuerza como actividad empresarial. ¿El fin de un monopolio?". *Anuario Derecho* XXIV (2008): 47-77.

De Nevers, R. "Private Security Companies and the Laws of War". *Security Dialogue* 40, n.º 2 (2009): 169-190.

Faite, A. "Involvement of private contractors in armed conflict: implications under international humanitarian law". *Defence Studies* 4, n.º 2 (2004): 166-183.

Huskey, K. A. "Accountability for Private Military and Security Contractors in the International Legal Regime". *Criminal Justice Ethics* 3, n.º 13 (2012): 193-212.

Jackson, P. "War is too serious to be left to military men: Private companies, combat and regulation". *Civil Wars* 5, n.º 4 (2002): 30-55.

Jorge Urbina, J. "Actores no estatales y externalización de las funciones militares en los conflictos armados: los contratistas privados ante el derecho internacional humanitario". *ACDI* 8 (2015): 41-85.

Kinsey, C. "Le droit international et le controle des mercenaires et des compagnies militaires privées". *Cultures & Conflits* 52 (2003): 2-16.

Kinsey, C. "Challenging international law: a dilemma of private security companies". *Conflict, Security & Development* 5, n.º 3 (2005): 269-293.

Kinsey, R. "Regulations and Control of Private Military Companies: The Legislative Dimension". *Contemporary Security Policy* 26, n.º 1 (2005): 84-100.

Krahmann, E. "From 'Mercenaries' to Private Security Contractors: The Reconstruction of Armed Security Providers in International Legal Discourses". *Millennium: Journal of International Studies* 40, n.º 2 (2012): 343-363.

Lam, J. S. "Accountability for Private Military Contractors under the Alien Tort Statute". *California Law Review* 97, n.º 5 (2009): 1459-1499.

Leander, A. "The paradoxical Impunity of Private Military Companies: Authority and Limits to legal accountability". *Security Dialogue* 41, n.º 5 (2010): 467-490.

Machairas, D. "The Ethical Implications of the Use of Private Military Force: Regulatable or Irreconciliable?". *Journal of Military Ethics* 13, n.º 1 (2014): 49-69.

McCarron, P. B. "The Long Arm of the Law: The Military Extraterritorial jurisdiction Act", *Corrections Today* 70, n.º 6 (2008): 38-55.

Pozo Serrano, P. y Hernández Martín, L. "El marco jurídico de las CMSP". *AEDI* XXIII (2007): 315-351.

Rothe, D. L. y Ross, J. I. "Private Military Copntractors, Crime and the terrain of Unaccountability". *Justice Quaterly* 27, n.º 4 (2010): 593-617.

Rousseau, E. "International Law and Private Military Companies: a Search for Clarity Droit International, sociétés militaires et conflit armé: Entre incertitudes et responsabilités". *Journal of Intervention and Statebuilding* 8, n.º 1 (2014): 99-104.

Schaud Jr, G. "Civilian Combatants, Military Professionals? American Officer Judgements". *Defence Studies* 10, n.º 3 (2010): 369-386.

Wallace, D. A. "International Code of Conduct for Private Security Service Providers". *International Legal Materials* 50, n.º 1 (2011): 89-104.

Capítulos de libro

Avant, D. "Private Security". En *Security Studies*, editado por P. D. Williams, 425-438. Nueva York: Routledge, 2012.

Elsea, J. K. "Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status and others issues". En *Military Contractors: Legal Status, Oversight and*

Security, editado por R. M. Quigly, 37-72. Nueva York: Nova Science Publishers, 2009.

Documentos legales

ONU, "Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación". Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

La tensión comercio-cultura: una tensión olvidada en derecho internacional público

Miriam Dermer*

Resumen

El presente capítulo trata sobre la manera como Colombia ha gerenciado los debates en torno a la articulación entre el comercio y la cultura en los niveles nacionales e internacionales entre 2002 y 2013. El estudio de caso de Colombia revela una paradoja. En efecto, el país se comprometió en una agenda de tratados de libre comercio muy completa, pero a la vez mostrando una voluntad fuerte en materia de política cultural y de respeto por la diversidad cultural. El objetivo del texto es explicar la manera como Colombia ha gerenciado los debates en torno a la articulación entre el comercio y la cultura en el nivel nacional e internacional. El marco teórico que se utilizó para esta investigación fue el de Robert D. Putnam y uno de los conceptos centrales es el de *win-set*, que representa el conjunto de los acuerdos internacionales que pueden ser traídos al nivel nacional, es un concepto para analizar las interrelaciones entre lo nacional y lo internacional

* Doctoranda en Derecho de la Universidad del Rosario. Magíster en Ciencia Política de la Universidad de Quebec en Montreal y politóloga de la Universidad Nacional. Experta en temas del debate comercio-cultura y derecho internacional público. Docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia.

y sus respectivas negociaciones. Se probó que Colombia tiene un *win-set* amplio y de doble ganancia.

Palabras clave: cultura, libre comercio, tratados internacionales, política cultural.

Abstract

This chapter deals with the way in which Colombia has managed the debates around the articulation between trade and culture at national and international levels between 2002 and 2013. The case-study of Colombia reveals a paradox. In effect, the country committed itself to a very comprehensive Free Trade Agreement agenda, but at the same time showing a strong will in terms of cultural policy and respect for cultural diversity. The objective of the chapter is to explain the way in which Colombia has managed the debates around the articulation between trade and culture at the national and international level. The theoretical framework used for this research was that of Robert D. Putnam and one of the central concepts is the *win-set* that represents the set of international agreements that can be brought to the national level, it is a concept to analyze the relationships between the national and the international and their respective negotiations. Colombia was proven to have a broad, double-win win-set.

Keywords: culture, free trade, international treaties, cultural policy.

Introducción

Este capítulo tiene como tema la manera como Colombia ha manejado los debates en torno a la articulación entre el comercio y la cultura en los niveles nacionales e internacionales entre 2002 y 2013. El estudio de caso de Colombia revela una paradoja. En efecto, el país se ha comprometido en una agenda de liberalización comercial muy completa, a la vez mostrando una voluntad fuerte en materia de política cultural y de respeto por la diversidad cultural. La principal pregunta de investigación es la siguiente: ¿cómo Colombia logró gestionar de manera coherente las relaciones entre la cultura y el comercio en la política interna y en la política internacional?

La cultura ha sido objeto de muchas preocupaciones internacionales y ha recibido especial atención en los debates sobre la globalización, dado su papel en la cohesión de las sociedades[1]. Durante los años ochenta y noventa, los países se refirieron a la idea de una excepción cultural en los acuerdos de libre comercio. Este concepto ha sido una manera de enfocar el tratamiento de bienes y servicios culturales de manera diferente a otros productos en el comercio. El argumento es que los bienes y servicios en el sector cultural son diferentes de otros bienes y servicios.

El concepto de diversidad cultural es de hecho el producto de un desarrollo o evolución del concepto de excepción. La excepción cultural fue un concepto defendido principalmente por Francia, Canadá y Quebec en las negociaciones de la Convención de la diversidad cultural de la Unesco entre 2001 y 2005, que fue percibido por algunos países, en particular los Estados Unidos, como proteccionista porque los países que lo defendían apuntaban a la exclusión de la cultura de los acuerdos de libre comercio (TLC) y la adaptación de las políticas culturales a nivel nacional y territorial. En el contexto de los debates internacionales sobre la elaboración de la Convención de la Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, la diversidad cultural se ha utilizado como un concepto clave en el corazón de la nueva estrategia de los países que defienden la excepción cultural para legitimar el desarrollo y la implementación de políticas culturales a nivel nacional o internacional.

Según la Coalición para la Diversidad Cultural (CDC), en 1989 varios países como los Estados Unidos presionaron a otros para que renuncien a su derecho a aplicar políticas culturales soberanas, de modo que promovieron la liberalización del mercado cultural internacional, particularmente en el contexto de las negociaciones y desde la implementación de los TLC. Según Gilbert Gagne:

> Hubo una fuerte presión en la Ronda Uruguay sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (1993) (GATS o GATS). En la categoría jurídica, los "servicios" incluyen obras de la mente, y

[1] Antonios Vlassis, "Stratégie(s) d'acteur(s) et construction des cadres normatifs internationaux: De l'exception culturelle à la diversité culturelle", (Tesis de doctorado, Universidad de Bordeaux, 2010).

más particularmente obras cinematográficas y audiovisuales. [...] (En 1995) Inmediatamente después de la Ronda Uruguay, se inician nuevas negociaciones, en particular la Acuerdo Multilateral sobre Inversiones bajo los auspicios de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) y La ronda de negociaciones que comenzó en 2001 en Doha. También se llevaron a cabo negociaciones bilaterales, especialmente por parte de Estados Unidos, que presionaron a muchos países para que renuncien a su derecho a adoptar políticas culturales.

En 1999, como respuesta a la presión internacional, hubo movilizaciones masivas del medio cultural [...] y de varias autoridades políticas (como Francia, Canadá y Quebec) para exigir la creación de un instrumento internacional capaz de equilibrar el libre comercio. En 2001, la Unesco adoptó la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural como resultado de este proceso efectivo de movilizaciones internacionales para la diversidad y el diálogo entre pueblos y culturas. En 2003, las negociaciones comenzaron con la idea de adoptar un verdadero instrumento legal internacional que pudiera atraer un fuerte apoyo y simbolizar un compromiso más fuerte de los Estados parte ante la creciente presión de la globalización cultural y los efectos perversos de la globalización. La liberalización del mercado cultural, con sus desafíos y amenazas a las expresiones culturales nacionales, locales o minoritarias.

Por lo tanto, en un contexto cultural fuertemente marcado por un debate político internacional sobre el debate entre la cultura y el comercio, surgió la idea de una Convención para hacer más operativos los principios establecidos en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural. En febrero de 2003, por iniciativa de Canadá, Francia, Alemania, Grecia, Marruecos, México, Mónaco y Senegal (todos los países miembros de la Red Internacional de Políticas Culturales - RIPC), con la excepción de Alemania), se solicitó que la elaboración de una convención internacional sobre diversidad cultural se incluyera en el programa de la 166ª reunión del Consejo Ejecutivo de la Unesco. "En julio de 2004, la Unesco hizo público un anteproyecto preliminar resultante del trabajo de

> un comité de expertos independientes [...] A partir de septiembre de 2004, las negociaciones intergubernamentales deben tener lugar"[2].

Finalmente, después de estas dos etapas, la reunión de expertos independientes sobre el anteproyecto de Convención y las reuniones intergubernamentales, la Conferencia General de la Unesco adoptó en octubre de 2005 la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones culturales.

Colombia fue uno de los Estados que ha adoptado la Convención de la Unesco de 2005. Es un país interesante para analizar porque este caso revela una paradoja. De hecho, el país se ha embarcado en una agenda de negociaciones comerciales muy amplia al tiempo que muestra un fuerte compromiso con la política cultural y el respeto por la diversidad cultural. Desde fines de la década de 1990, Colombia y varios otros países latinoamericanos se beneficiaron de una mayor apertura a los mercados mundiales. Es en este contexto que Colombia ha firmado TLC con dieciocho países alrededor del mundo. Tiene tres negociaciones comerciales en curso con Turquía, Japón y TISA (Acuerdo de Comercio de Servicios).

Con respecto a la política cultural, según la delegación colombiana ante la Unesco, la cuestión de la diversidad cultural se incluyó en la agenda nacional a partir de 1991, a través de una mención en los textos constitucionales y sus políticas internas en el campo de la política cultural. Pero no fue hasta 2013 que Colombia firmó la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la Unesco. Por lo tanto, Colombia se involucró un poco más tarde en este tema en el ámbito internacional, aunque hubo una conciencia y voluntad política interna, especialmente durante el período presidencial de Álvaro Uribe, durante el cual se compilaron las políticas culturales. Esta situación contrastante y ambigua nos lleva a cuestionar el lugar y el tratamiento de la cultura en los acuerdos comerciales en los que participa Colombia. Más específicamente, se trata de examinar la forma en que se articulan las políticas culturales y comerciales en Colombia y la coherencia general

---

[2] Gilbert Gagné, coord., *La diversité culturelle: vers une convention internationale effective?* Collection Point Chauds, (Montréal: Fides, 2005), p. 210.

que surge de la implementación simultánea de tales políticas, que a veces pueden tener objetivos en conflicto.

Este texto plantea el problema de redefinir y contextualizar las nociones de "cultura" y "diversidad cultural". G. Gagné, sin duda uno de los autores que mejor resume la problemática de la articulación de la cultura comercial, plantea el problema en estos términos:

> La cultura, y en particular las políticas culturales, ha dado lugar a un debate internacional sobre el tratamiento de los bienes y servicios culturales en las relaciones económicas internacionales, que gira en torno a dos perspectivas aparentemente irreconciliables. Según una primera posición, incluso si los bienes y servicios culturales tienen un valor comercial y forman parte de los circuitos comerciales, no pueden asimilarse a los productos porque afectan la identidad cultural de una nación. Por lo tanto, la cultura debe estar sujeta a una excepción a las normas y reglas de la liberalización comercial. Este es el principio de la excepción cultural, ante todo defendida por los gobiernos de Francia, Canadá y Quebec. Según la otra posición, la cultura es un sector económico como cualquier otro, y las medidas públicas para promover y proteger las industrias culturales son solo otra forma inaceptable de proteccionismo. Estados Unidos ha sido el abanderado de este enfoque según el cual los bienes y servicios culturales no pueden ser objeto de disposiciones específicas[3].

El *argumento principal* de este texto es doble. De una parte, se sostiene que el *win-set* de Colombia es amplio según la definición de Robert D. Putnam. De otra parte, se sostiene que el tipo de *win-set* que caracteriza la situación colombiana es de doble ganancia. Es amplio, porque no existe un verdadero consenso relativo a los conceptos de cultura y de diversidad sobre el debate de comercio cultural en el seno de las diferentes estructuras políticas y sociales nacionales. Es de ganancia doble, porque el Gobierno de Colombia logró firmar los Tratados de Libre Comercio (TLC) con regiones

[3] Ibíd., 212.

tan diversas como Canadá, la Unión Europea y Estados Unidos, entre muchos otros países. Los dos primeros son defensores de la diversidad de las culturales y de la Convención en tanto que el último es uno de los grandes opositores de la Convención y de la diversidad de las culturas. Además, Colombia logró firmar los TLC con reservas sobre la cultura.

Para demostrar que *el win-set* de Colombia es amplio. Se necesitó, según el modelo de Putnam, probar la presencia de diferentes posiciones en el nivel nacional. También se observó que el tipo de políticas culturales de este país obedeció a mecanismos de gobernanza y de regulación que respondieron a la vez a temas económicos y de preocupaciones sociales y culturales. Esta doble gobernanza explica la persistencia de la tensión entre el comercio y la cultura en nuestro caso de estudio. Las diferencias relativas a las definiciones acordadas a ciertos conceptos llevaron al Gobierno colombiano a comprometerse con una estrategia de cooptación frente a la sociedad civil. Se mostró también cómo el Gobierno colombiano utilizó la firma de la Convención como una concesión para hacer avanzar otros intereses como el comercio.

Para responder a esta pregunta, el capítulo se ha estructurado en cuatro partes. En la primera, se hace una introducción al tema; en la segunda, se analiza el discurso sobre los TLC y el lugar de la cultura en las políticas de Colombia; la tercera sección trata sobre las políticas culturales en Colombia, con el posicionamiento y el rol de los actores locales; y en la sección final se propone un análisis teórico del juego a dos niveles, en lo nacional e internacional, a partir del concepto de Robert Putnam sobre el concepto de *win-set*.

1. La cultura en los tratados de libre comercio de Colombia

América Latina ha experimentado un proceso gradual de apertura comercial desde la década de 1970. Este proceso se ha acelerado desde 1990. Por lo tanto, Colombia no ha escapado al fenómeno de la liberalización económica, ya que el país ha formulado un proyecto sobre la modernización de la economía y la reestructuración de su comercio exterior con el establecimiento de un plan de desarrollo denominado "La revolución pacífica", que apuntaba a la apertura y modernización de la economía colombiana. En el campo de la cultura, Colombia ha desarrollado un enfoque orientado a articular los objetivos del desarrollo comercial con la

necesidad de tratar específicamente los temas relacionados con la cultura. Como veremos brevemente en esta sección, Canadá y Francia insistieron a nivel internacional en la importancia de una excepción cultural en los acuerdos de libre comercio.

El propósito de este apartado es aclarar el enfoque de Colombia sobre el proceso de liberalización comercial que afecta a la cultura.

1.1. El enfoque de la cultura colombiana en los TLC

Colombia ha intentado articular e integrar los problemas y desafíos del desarrollo cultural en las negociaciones como parte de su política comercial. Es necesario tener en cuenta que Colombia ha desarrollado su comercio exterior a partir de dieciocho acuerdos de libre comercio con México, el Triángulo del Norte, CAN, CARICOM, Mercosur, Chile, AELC, Canadá, Estados Unidos, Venezuela, Cuba, Nicaragua, la Unión Europea, la Alianza del Pacífico, Corea del Sur, Costa Rica, Israel y Panamá. También hay tres negociaciones en curso con Turquía, Japón y TISA (ver tabla sobre los TLC con Colombia).

Se observa que la posición de Colombia en los TLC varía según el país o el grupo de Estados involucrados en cada acuerdo. Gracias a esta flexibilidad, Colombia ha logrado concluir una variedad de acuerdos. Nuestra investigación muestra que esta característica es comúnmente utilizada por la diplomacia colombiana. Por ejemplo, el análisis de los capítulos de inversión muestra que Colombia acepta tres tipos diferentes de acuerdos. En sus acuerdos con América Latina, Canadá y Estados Unidos, se planea la implementación de medidas financieras y regulatorias. Además, no existe una medida financiera en el acuerdo con la AELC, pero Colombia ha logrado garantizar disposiciones para la protección de los derechos de los grupos étnicos y sus expresiones tradicionales. Finalmente, no hay un capítulo sobre la inversión en el acuerdo entre Colombia y la Unión Europea. Lo mismo ocurre con los capítulos de servicios, ya que existen tres tipos de acuerdos similares, que difieren según las partes del acuerdo con Colombia. Sobre esta cuestión de servicios, la única diferencia radica en el hecho de que el TLC con la Unión Europea incluye disposiciones sobre medidas financieras y que Colombia ha hecho reservas. Así, la posición colombiana, flexible y variable según las partes que participan en el acuerdo tiene consecuencias para las negociaciones.

Colombia también ha implementado medidas para proteger su cultura local/nacional de un conjunto de políticas culturales basadas en los textos de la constitución nacional. Pero también es importante mencionar que la liberalización del comercio electrónico es la principal concesión hecha por Colombia en los Estados Unidos, que es la principal medida en contradicción con la Convención y la diversidad cultural. Esta concesión ilustra la posición "cauta" y ambigua de Colombia en el debate sobre la cultura comercial.

En este apartado, hemos visto el lugar de la cultura a nivel internacional en el análisis de los TLC con Colombia. En la segunda sección, discutiremos la implementación de las políticas culturales colombianas a nivel nacional y la posición de los actores nacionales en el contexto de las cuestiones comerciales y culturales.

2. Políticas culturales en Colombia y actores locales

La liberalización comercial y las decisiones políticas resultantes han ayudado a cambiar el enfoque de Colombia sobre el debate comercio-cultura. Luego de la apertura comercial presentada por el gobierno de César Gaviria, Colombia ha adoptado un enfoque diferente en esta área. En esta sección, analizaremos las políticas culturales de Colombia, así como las posiciones y roles de los actores en el desarrollo cultural a nivel local en este nuevo contexto.

Queremos demostrar aquí que Colombia es uno de los países que ha logrado manejar la tensión entre las demandas de mercados abiertos vinculados al desarrollo del comercio internacional y los desafíos relacionados con la protección de la cultura nacional contra los bienes y servicios culturales. Tres elementos nos permiten apoyar esta tesis. Primero, Colombia desarrolló una serie de políticas que protegían la cultura en los siglos XX y XXI. Esto ha tenido el efecto de impedir que el sector cultural se abra completamente al comercio a pesar del proceso de liberalización del sector y la firma de varios acuerdos de libre comercio. Las políticas culturales colombianas parecen haberse desarrollado a partir de una concepción particular de la cultura y la diversidad cultural, que analizaremos en esta parte de la ponencia.

En segundo lugar, el trabajo realizado por la coalición colombiana para la diversidad cultural ha permitido la inclusión de una excepción del sector

cultural en las negociaciones de acuerdos de libre comercio. Finalmente, la variedad de estrategias adoptadas por la sociedad civil colombiana ha ayudado a proteger a los sectores culturales en cierta medida en la mayoría de las negociaciones de TLC.

El análisis descriptivo de las políticas culturales permite determinar el tipo de modelo de Estado de Colombia. Según Élodie Marie Bordat y Patrice Weise, hay dos formas de concebir las políticas culturales. La primera perspectiva, la de Bordat, sostiene que es el Estado el que determina las diferentes concepciones de las políticas culturales. La segunda perspectiva, la de Wise, sostiene que es a partir de las nociones de desarrollo que se determina el modelo de políticas culturales. Para analizar la política cultural de Colombia, examinaremos estos dos modelos conceptuales más a fondo.

La perspectiva del intervencionismo estatal considera que, de acuerdo con el país dado, el objetivo de la política, el financiamiento, la dinámica de la política, los estándares artísticos y el estatus del artista, se puede determinar el tipo de políticas e intervención estatal en el campo de la cultura. Los elementos principales de estos modelos se incluyen en la tabla de modelo de Estado para analizar el tipo de modelo correspondiente al Estado colombiano. Según Bordat, existen cuatro modelos: i) el Estado facilitador que se financia con exenciones fiscales y donaciones (su objetivo es la promoción de la diversidad); ii) el Estado patrono que apoya las artes a través del consejo de las artes (su objetivo es la promoción de la excelencia artística); iii) el arquitecto que distribuye fondos a través del Ministerio de Cultura como el modelo Francia; y iv) el ingeniero que posee todos los medios de producción artística.

En cuanto a la segunda forma de analizar los modelos de política cultural, según Wise, existe cierta tensión entre dos perspectivas. Según este autor, los modelos de política cultural dependen de nuestra concepción del desarrollo y de los espacios geográficos. La primera perspectiva considera que la política cultural se basa en el desarrollo económico. La segunda posición considera la política cultural desde el punto de vista del desarrollo social. Veremos que el tipo de intervención del Estado colombiano se inspira en Francia y, por lo tanto, es arquitecto y con las liberalizaciones económicas se convirtió en facilitador con el tiempo.

Tabla 1. Modelo de Estado

Estado	País modelo	Objetivo de política	Financiamiento	Dinámica política	Estandar artístico	Estatus del artista
Facilitador	Estados Unidos	Diversidad	Impuestos	Aleatoria	Aleatoria	Tickets de espectáculos y gustos: condiciones financieras por el patrón privado.
Patrón	Reino Unido	Excelencia	Consejo de Artes	Evolucionista	Profesional	Tickets de espectáculos y gustos: condiciones financieras por el patrón privado: subvenciones.
Arquitecto	Francia	Ayuda social	Miniserio de la Cultura	Revolucionario	Comunitario	La adhesión a la unión del artista: el financiamiento público directo.
Ingeniero	Union Soviética	Educación pública	La propriedad de los medios de producción artísticos.	Revisionista	Política	La adhesión a la unión del artista: aprobación de la parte.

Fuente: Basado en Chartand y McCaughey, 1989, citado por Elodie Marie Bordat, "Institutionalization and change in cultural policy: Conaculta and cultural policy in Mexico (1988-2006)". *International Journal of Cultural Policy* 19, n.º 2 (2013): 222-248. Traducción de la autora.

En cuanto a la política cultural colombiana se pueden observar a dos objetivos de desarrollo: el desarrollo económico y el desarrollo social, lo que podría explicar las tensiones en la forma en que Colombia ha administrado internamente el debate comercio-cultura como parte de la implementación de sus políticas comerciales y culturales.

El propósito de esta parte del capítulo fue analizar la dinámica interna en torno al tema de la tensión comercio-cultura. Frente a este tema, existe un acuerdo general sobre el principio de "diversidad", pero existe una cooptación de la sociedad civil por parte del Estado colombiano debido a que los significados de las nociones de cultura, diversidad y la tensión comercio-cultura cambian dependiendo del tipo de actor.

El Estado colombiano, facilitador, ve la cultura y el comercio como conceptos que no entran en conflicto. Incluso utiliza la cultura como una palanca para el desarrollo de la economía y el comercio, en una lógica

similar a la instrumentalización, mientras que, del lado de la sociedad civil y la coalición colombiana para la diversidad cultural, se considera que la cultura por estar vinculada a la identidad de los pueblos requiere protección frente al comercio internacional.

Está claro que la forma en que el Estado colombiano concibe su política de diversidad cultural parece muy restrictiva y constituye una fuente de tensión, incluso en términos de expectativas y necesidades relacionadas con las poblaciones, en particular los indígenas y los afrodescendientes. Podemos decir que la cultura ha sido utilizada como una concesión por parte de Colombia para hacer realidad estos acuerdos de libre comercio con diferentes países como los Estados Unidos y Canadá o los países de la Unión Europea. Este país ha tratado de conciliar el comercio y la cultura. La historia política del Estado colombiano ayuda a explicar el proceso de cooptación de la sociedad civil. La sociedad civil colombiana moviliza una variedad de estrategias porque es diversa, pero sus estrategias generalmente oscilan entre la violencia, lo que pone en peligro la acción colectiva, el diálogo con el frágil estado nacional y la gran indiferencia política. En el sector cultural, la estrategia promovida principalmente por la sociedad civil ha sido la de la autonomía. Esto permitió momentos de diálogo con el sector público y privado.

La idea de una instrumentalización del Estado se examinará en la última parte examinando el juego a dos niveles entre lo nacional y lo internacional con el enfoque de Robert D. Putnam.

3. Hacia una definición concepto de *win-set*: el caso de la Convención del 2005 de la Unesco y las políticas culturales de Colombia

En las secciones anteriores hemos descrito el enfoque de Colombia sobre el proceso de liberalización del comercio y sus efectos en la política cultural (sección 1). También presentamos las tensiones entre las diversas definiciones de los conceptos de cultura, diversidad y en torno a la articulación comercio/cultura (sección 2).

Este apartado resuelve la pregunta sobre ¿cómo gestiona Colombia la cultura y el comercio en este "juego de dos niveles"? La idea principal de esta sección es que el *win-set* de Colombia se encuentra en una situación

de doble ganancia, ya que no hay un consenso sobre el significado de los conceptos de cultura, diversidad y el tema de la tensión comercio-cultura.

La articulación entre lo internacional y lo nacional

El objetivo de esta parte es analizar los factores que determinan el tamaño del *win-set* de Colombia en el marco de las negociaciones de la Convención de 2005. En ese sentido, se estudiarán los tres factores que determinan el *win-set*, a saber, las preferencias y las coaliciones del nivel nacional, las instituciones nacionales y las estrategias de los negociadores a nivel internacional. Analizaremos la posición del Ministro de Comercio de Colombia, las discusiones del Congreso Colombiano y las posiciones del Ministerio de Cultura y de la delegación colombiana ante la Unesco. Después, observaremos las instituciones culturales y decisionales de Colombia, en particular la organización actual de la cultura, así como las instituciones implicadas en el proceso de ratificación de los acuerdos internacionales. Finalmente, analizaremos las estrategias de los actores que participaron de las negociaciones internacionales de la Convención de la Unesco y la participación de Colombia en ese escenario internacional.

Las preferencias, las coaliciones y las instituciones nacionales así como las estrategias de los negociadores internacionales

A nivel interno, existen controversias en relación con la pregunta sobre la diversidad cultural, sobre todo desde el punto de vista de la comprensión y las expectativas que los actores de la sociedad civil tienen sobre las políticas públicas del Gobierno colombiano. Se diferencian dos posiciones confrontadas, las mismas que se encuentran en el nivel de las discusiones internacionales sobre el tema. De un lado, hay una posición —aquella del Gobierno colombiano— que considera la cultura como i) un conjunto de bienes y servicios culturales así como ii) un valor ligado a las identidades de los pueblos. De otro lado, la cultura es considerada como el reflejo de la diversidad de identidades y valores que deben ser sujetas a una excepción de las normas y de las reglas de la liberalización de los intercambios (concepción de la sociedad civil). Pero ¿por qué la sociedad civil aceptó ser instrumentalizada? ¿Tenía otra opción? El Gobierno colombiano utilizó la Convención de la Unesco y la reserva sobre la cultura como la concesión para poder ratificar nuevos acuerdos de libre comercio. La sociedad civil

colombiana aceptó la instrumentalización porque logró a su vez tener cierto éxito, como las reservas culturales frente a los Estados Unidos y la firma de la Convención de la Unesco. Esta instrumentalización tuvo ciertas consecuencias, en donde la principal fue haber aceptado asumir las tensiones relativas a este debate.

En el nivel internacional, las negociaciones con los Estados Unidos representaron la prueba más grande ante la cual el equipo de negociadores de Colombia tuvo que hacer frente relacionado con el debate cultural, en la medida en que los Estados Unidos ha sido un defensor fuerte en la apertura del sector audiovisual. El tema es saber cómo la diplomacia de Colombia logró que los Estados Unidos aceptaran la reserva sobre la cultura.

Según el Ministerio de Comercio, Turismo y de Industria de Colombia[4], los TLC tienen que ser coherentes con la Constitución Nacional de 1991 y sus derechos como, por ejemplo, con la protección de los recursos culturales, las lenguas de las comunidades étnicas, el patrimonio cultural y el conjunto de derechos relativos a los grupos étnicos. Los TLC entre Colombia y los Estados Unidos reglamentan ciertos aspectos del comercio entre los países, pero estos no pueden comportar ninguna concesión que ponga en riesgo la soberanía, la identidad cultural del país y sus pueblos autóctonos, afrocolombianos, "raizales" y ROM. Esto implica también que la Constitución tiene una predominancia frente a los TLC. Es por esta primacía que Colombia logra entenderse con los Estados Unidos en términos de las reservas culturales[5].

Como se ha mencionado en la segunda sección, el Gobierno colombiano tuvo que hacer frente a dos factores importantes que impidieron la plena apertura del sector cultural. Se trata, en primera instancia, del conjunto de políticas culturales así como del trabajo de la coalición colombiana por la diversidad cultural. En este tema, la posición del Ministerio de Cultura de Colombia y las estrategias de la delegación colombiana ante la Unesco fueron anunciadas claramente en una discusión en el Congreso colombiano sobre la Convención de la diversidad cultural de la Unesco de 2005.

---

[4] Esta perspectiva del Ministerio de Comercio se obtuvo por medio del recurso de derecho de petición instaurado ante esta institución. Se hizo este derecho de petición en julio de 2014 para preguntar sobre la resistencia de Colombia frente a las presiones de los Estados Unidos.

[5] Ministerio de Comercio, Turismo e Industria, s.p, julio de 2014.

El proceso de aprobación de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la Unesco siguió un proceso de discusión en el Congreso de Colombia, posteriormente fue revisado por la Corte Constitucional y fue firmado por el presidente de la República. En efecto, el 31 de marzo de 2011 el proyecto de ley fue depositado ante el Senado y el 1.º de abril de 2011 fue publicado. En este proyecto de ley, la entonces ministra de Cultura, Mariana Garcés Córdoba, y la ministra de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín, presentaron la Convención de 2005, así como los argumentos ligados a su aprobación por el Congreso Colombiano.

Tres argumentos explican la posición del Gobierno en pro de la aprobación del proyecto de Convención de 2005. El primer argumento es el contexto de Colombia, caracterizado por una diversidad cultural y lingüística importante. El segundo argumento es la participación creciente de las industrias culturales al producto interno bruto (PIB). Según el Ministerio de Cultura, en 2000 las ganancias de las industrias culturales representaron una participación del 1,6% del PIB, alcanzado 2,8% en 2001[6]. En lo que se refiere a las industrias culturales, hay una complementariedad entre los objetivos de la Convención y el Plan Nacional de Cultura 2001-2010 porque los dos convergen a nivel de los aspectos comerciales y culturales. El tercer argumento del Gobierno colombiano es que la aprobación de la Convención es coherente y complementaria a las políticas nacionales sobre la cultura, sobre todo en lo relativo a las políticas de diversidad cultural, a la diversidad etnolingüística y al desarrollo de las industrias culturales.

Es importante decir que la política de la diversidad cultural de Colombia está estructurada sobre las poblaciones. Se trata de un abordaje diferente al de la Convención de la Unesco. Sin embargo, en el preámbulo de la Convención así como en el marco de ciertos artículos[7], esta política reconoce la importancia de la diversidad y de las poblaciones minoritarias[8].

En lo que concierne al proceso de participación de Colombia en lo internacional, el proceso estuvo marcado por dos fases en lo interno,

---

[6] Ministerio de Cultura, *Política de diversidad cultural*, 16 febrero de 2010.

[7] Ver los artículos 2.3, 7.1 y 8 de la Convención.

[8] Congreso visible 2011.

según Adriana Borrero, del grupo de asuntos internacionales del Ministerio de Cultura[9]. En primera instancia, se dieron consultas internas y posteriormente se dio el proceso legislativo. El Ministerio de Cultura de Colombia decidió consolidar las políticas públicas de la responsabilidad de la Convención, como proceso anterior a su ratificación. En ese sentido, entre 2007 y 2008, el Ministerio desarrolló la elaboración e implementación de una política de promoción a las industrias culturales, una política de protección de la diversidad lingüística, de la diversidad cultural y del patrimonio inmaterial. Después de la adopción de la Convención en el seno del nivel internacional —la Unesco—, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Colombia efectuó un conjunto de consultas en el nivel interno, así como de organizaciones nacionales para identificar los temas sensibles en torno a la ratificación de la Convención que pudieran tener un impacto negativo en las negociaciones de los TLC de Colombia con otros países. Al finalizar el año 2008, a partir de un acuerdo entre el Ministerio de Cultura y el Ministerio de Relaciones Exteriores, se decidió la ratificación de la Convención. En marzo de 2009, se sostuvo un proceso de consulta con el Ministerio de Comercio, de Industria y de Turismo, la Superintendencia de Industria y Comercio, así como con la dirección de derechos de autor del Ministerio del Interior y de Justicia, concerniente a la pertinencia de presentar al Congreso Colombiano la Convención sobre la diversidad cultural de la Unesco.

La voluntad del Gobierno colombiano de proceder a un conjunto de consultas internas en el aparato de Gobierno relativas a las implicaciones comerciales de la Convención demuestra que, en cierta medida, los temas ligados al comercio parecen ser prioritarios sobre lo cultural. En efecto, es importante recordar que la preocupación central abordada en el marco de estas consultas tuvieron que ver con las consecuencias comerciales de la ratificación de la Convención[10].

Se considera que Colombia fue prudente en el escenario internacional, porque el tema de la diversidad cultural representó una concesión importante

---

[9] Se obtuvo esta información a partir de un derecho de petición realizado ante el Ministerio de Cultura del 10 de octubre de 2014 con el número de radicación 14105.

[10] Ministerio de Cultura. Subdisión de Asuntos Extranjeros del Ministerio. "Derecho de petición de información n.º14105" (10 de octubre). Colombia, Bogotá, 2014.

en el marco de las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos. En otras palabras, la diversidad cultural no representó una prioridad en el escenario internacional para Colombia. El objetivo principal era lograr ratificar el TLC con los Estados Unidos y otros países.

Se estima que en el nivel nacional, Colombia tuvo que gerenciar el mismo tipo de tensiones que en el nivel nacional, como la coexistencia a veces conflictiva entre el comercio y la cultura y la priorización de los temas comerciales. Dos hechos prueban la anterior afirmación. De una parte, en temas de presupuesto, los gastos destinados al sector comercial superan de lejos aquellos efectuados en el sector cultural. La revisión del presupuesto general de la nación entre los años 2005 a 2014 permiten constatar que el sector comercial obtuvo mayor financiación y priorización que el sector cultural. Adicionalmente, esta información nos permite ver la distancia entre los gastos relacionados con estos dos sectores. Si comparamos los dos sectores, por regla general los gastos ligados al sector cultura parecen ser habitualmente más elevados que aquellos asociados a la cultura.

De otra parte, es la participación de la delegación colombiana en la Unesco en relación con el tema de la diversidad cultural la que nos demuestra que la cultura constituye una concesión al tema comercial para las negociaciones con el TLC con los Estados Unidos.

Para Colombia, encarnar un papel de defensor de la diversidad cultural hubiera podido representar una amenaza para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos[11]. Sabemos que Colombia ha apoyado el proyecto de Convención desde el inicio de las negociaciones. Sin embargo, su participación en la escena internacional ha sido relativamente tímida. Los argumentos para la firma del convenio fueron presentados por el Ministerio de Cultura[12]. El Ministerio de Cultura dio instrucciones a dos departamentos de su institución para que indiquen los motivos de la aprobación de la Convención por parte del Gobierno colombiano. Los departamentos en cuestión son el Grupo de Empresas Culturales y la Dirección Cinematográfica. Según el primero, hay dos razones para

[11] Ver la página web para aclarar la participación de las delegaciones nacionales. Consultado julio 25, 2014, http://fr.unesco.org/creativity/node/2955.

[12] Se obtuvo esta información por medio del derecho de petición ante el Ministerio de Cultura hecho en octubre de 2014 con el número 14105 del 10 de octubre de 2014.

Tabla 2. Gastos generales de Colombia por sectores: el comercio *versus* la cultura

Año	Gasto del Gobierno de Colombia (en trillones de pesos colombianos)*	Tasa de crecimiento del gasto total del Gobierno colombiano	Sector comercio, turismo e industria del Gobierno colombiano (en billones de pesos colombianos)	Tasa de crecimiento del sector comercio, turismo e industria de Colombia	Sector cultura del Gobierno de Colombia (billones de pesos colombianos)	Tasa de crecimiento del sector cultura de Colombia
2005	93	0.14	224	0.12	106	0.09
2006	105	0.13	316	0.41	131	0.23
2007	117	0.10	336	0.06	150	0.14
2008	125	0.06	327	-0.02	183	0.21
2009	142	0.13	480	0.46	204	0.11
2010	149	0.05	467	-0.026	220	0.07
2011	150	0.003	590	0.26	243	0.10
2012	165	0.10	795	0.34	349	0.43
2013	188	0.14	1,078	0.35	415	0.19
2014	203	0.075	932	-0.13	402	-0.03

* Para las estadísticas detalladas, ver la página web www.pte.gov.co/WebsitePTE/.

Fuente: construida por la autora a partir de la información del Ministerio de Hacienda de Colombia.

firmar la Convención. Primero, la importancia de los bienes y servicios culturales para la economía del país. Según esta institución, Colombia es el segundo mayor exportador de productos culturales en América Latina (después de Brasil) con un 10,4% de participación en el mercado regional.

Según el segundo grupo, las industrias culturales son un motor del desarrollo, como lo demuestra el crecimiento en los ingresos relacionados con este sector. Según la Dirección de Cinematografía, la firma de la Convención es importante porque facilitará la coproducción, distribución y formación en el campo del cine. Sin embargo, estos argumentos no fueron presentados por la delegación colombiana ante la Unesco en el proceso de creación y ratificación de la Convención.

Finalmente, Colombia decidió firmar la Convención en 2005, pero fue solo en 2013 cuando el Gobierno Colombiano depositó su instrumento de adhesión a la directora general de la Unesco, Irina Bokova. Según la Unesco, Colombia fue el país n.º 126 en adherirse a la Convención. La fecha exacta de adhesión es el 25 de mayo de 2013. Esto también podría considerarse como un argumento que apoya la idea de que Colombia ha utilizado un enfoque cauteloso de la Convención.

3.1. Las instituciones en el nivel interno

El otro elemento que configura el tamaño *win-set* son las instituciones nacionales. Según un documento oficial del Ministerio de Cultura de Colombia[13], las políticas culturales colombianas son recientes. Si bien los desarrollos en el sector cultural tuvieron lugar en el siglo XIX, solo desde el siglo XX podemos hablar de políticas culturales reales en Colombia.

Según Martha Bravo, "los principales procesos políticos que fueron cruciales para el sector cultural nacieron de la promulgación de la nueva Constitución de 1991"[14]. En 1991, se convocó una Asamblea Nacional Constituyente para crear una nueva Constitución. La Asamblea estuvo

---

[13] Ministerio de Cultura. Subdisión de asuntos extranjeros del Ministerio. Derecho de petición de información n.º 14105 (10 octubre), (Colombia, Bogotá, 2014).

[14] Martha Elena Bravo, *Políticas culturales y territories en diálogo: experiencias de formulación de políticas culturales en Colombia 2001-2020. IV*, (Salvador-Bahia-Brasil: Faculdade de Comunicação/UFBa, 2008).

compuesta por setenta y cuatro representantes de diferentes partidos y sectores de la sociedad civil colombiana.

En esta nueva Constitución, la cultura se ha vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales. El presidente Ernesto Samper (1994-1998), del Partido Liberal, propuso la creación de un Ministerio de Cultura. Con este fin, organizó consultas para analizar la viabilidad de tal Ministerio. En 1997, el Proyecto de Ley 397, que se presentó al Congreso de la República, fue aprobado y condujo al establecimiento de esta cartera. Después de este momento histórico para el país y para la cultura, el presidente conservador Andrés Pastrana (1998-2002) creó el Plan Nacional de Cultura 2001-2010. Sin embargo, es el presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) quien ha condensado las políticas culturales en un documento. Sus líneas prioritarias en el sector fueron la cultura como la base de la nación y la paz, así como la descentralización de este sector.

En 2006, ya existía la infraestructura institucional de la cultura en Colombia. Su cuerpo principal es el Ministerio de Cultura, que está dividido en varias oficinas y grupos, sin mencionar las diversas instituciones y organismos dentro del ministerio. La infraestructura cultural también está presente en las zonas rurales de Colombia. Finalmente, también podemos mencionar otras instituciones culturales como el Departamento de Cultura del Banco de la República, los medios de comunicación y los artesanos de Colombia.

Hasta ahora hemos analizado y presentado las preferencias, coaliciones, instituciones nacionales y estrategias de negociadores internacionales, así como instituciones nacionales. En lo que sigue, se analizará las estrategias de los actores involucrados en las negociaciones internacionales, en particular las estrategias francesa, canadiense, quebequense y estadounidense para las negociaciones de la Convención con el fin de analizar la estrategia colombiana.

Estrategias internacionales

Varios autores han escrito sobre estrategias de actores centrales de la escena internacional. Existe un interesante trabajo sobre las posiciones de los actores en el campo de la diversidad cultural, en particular, hablamos de los estudios de Antonios Vlassis, Gilbert Gagné, Ivan Bernier y Jhon Atkinson. Antonios Vlassis (2010) presenta los procesos de emergencia

de los marcos normativos internacionales y su dinámica de construcción desde el punto de vista de los actores involucrados. Estos autores han profundizado en alguna medida en las estrategias internacionales de los principales actores frente al debate comercio-cultura.

Francia ha modificado su estrategia con un discurso que, al enfatizar primero la excepción cultural, ha puesto más énfasis en la diversidad cultural. Según Vlassis, dos hipótesis pueden explicar este cambio. En primer lugar, el contexto internacional desempeña un papel considerable y causal al tener en cuenta la diversidad cultural en la política exterior de Francia. En segundo lugar, el hecho de insistir en la diversidad cultural es un cambio de estrategia debido a la erosión de la excepción francesa. En lo que respecta a Canadá, según Vlassis, este país siempre ha defendido la diversidad cultural debido a la amenaza de la industria estadounidense. Para el Gobierno canadiense, las industrias culturales son parte de la cultura. Quebec ha enfrentado las mismas amenazas y desafíos políticos que el Gobierno de Canadá, pero defiende un punto de vista diferente[15].

Quebec ha decidido cambiar su estrategia e integrar la diversidad cultural en sus prioridades de acción externa, como el Gobierno de Canadá. Las ambiciones diplomáticas de Quebec (a la luz de su deseo de influir en la escena internacional y distanciarse de Canadá) pueden explicar este cambio.

Gilbert Gagné "nos ayuda a ver las posiciones de los países líderes en el campo de la diversidad cultural. En su artículo de 2002, muestra que Canadá, Quebec y Francia han sido los campeones de la excepción cultural en los diversos regímenes económicos internacionales"[16].

En contraste, Estados Unidos ha sido el defensor de la liberalización. El autor insiste en que el reconocimiento de la dimensión cultural promueve la globalización y la regionalización. En otro texto, Gagné

---

[15] Antonios Vlassis, "Stratégie(s) d'acteur(s) et construction des cadres normatifs internationaux: de l'exception culturelle à la diversité culturelle", (Tesis doctoral, Universidad de Burdeos, 2010), 1-501.

[16] Gilbert Gagné, "Édition spéciale: la Convention sur la diversité des expressions culturelles", *Chronique Culture, commerce et numérique, édition spéciale*, [2011a] (enero 15, 2011). Consultado septiembre 20, 2019, http://www.ieim.uqam.ca/spip.php?page=article-ceim&id_article=6288.

> se refiere a la historia de Quebec y las razones por las cuales esta provincia canadiense apoya y trabaja para la diversidad cultural de las organizaciones internacionales, sin ser parte de ella. En sus conclusiones, el autor considera que Quebec ha logrado su lugar en la escena internacional para promover la diversidad cultural y lingüística, gracias a su fortaleza y el apoyo del mundo francófono[17].

En un artículo más reciente, Gagné (2011) describe

> la principal estrategia de Estados Unidos para eludir la Convención, a saber, los acuerdos bilaterales con varios países. La idea de la vía bilateral es desafiar los estándares de la Convención de 2005 e imponer restricciones a la capacidad de los Estados para implementar políticas culturales. La principal consecuencia de esta estrategia es su naturaleza irreversible (por ejemplo, los acuerdos bilaterales que los Estados Unidos han celebrado con Corea del Sur y Panamá)[18].

Los textos de Vlassis y Gagné nos ayudan a aclarar las estrategias de los actores, líderes en el campo de la diversidad cultural. Pero ¿cuál es la posición de otros actores en la escena internacional?

Los artículos de Ivan Bernier y Dave Atkinson son textos que cubren las posiciones de varias regiones del mundo sobre el tema del tratamiento de los productos culturales en los acuerdos comerciales internacionales. Según los autores, este tratamiento es ambivalente[19].

---

[17] Gagné Gilbert, "Le rôle du Québec dans la promotion de la diversité culturelle et linguistique au sein des organisations internationales", en À la rencontre d'un Québec qui bouge: introduction générale au Québec, bajo la dirección de Robert Laliberte, (París: Éditions du CTHS, 2009), 265-277.

[18] Gagné Gilbert, "Édition spéciale: la Convention sur la diversité des expressions culturelles", 1-13.

[19] Ivan Bernier, "La négociation de la convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles", *Canadian Yearbook of International Law* 43, n.º 43 (2005): 3-44. Consultado junio 22, 2013, http://heinonline.org.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/HOL/Page?handle=hein.journals/cybil43&div=5&g_sent=1&collection=journals.

Hay posiciones opuestas (como hemos visto con los textos de Vlassis y Gagné), en particular la de Estados Unidos, que se opone a Francia y Canadá. Cabe señalar que, con respecto a la posición de América Latina, Brasil y México son los principales exportadores de productos de televisión, pero ambos países se opusieron a la noción de excepción cultural:

> La gran mayoría de los demás países latinoamericanos son importadores netos de productos audiovisuales, tanto en el sector de la televisión como en el del cine. Hasta hace poco, esta situación no parecía plantear ningún problema en particular, ya que la apertura a las producciones extranjeras a menudo era apreciada […] Pero cada vez más, está surgiendo una reacción contra lo que se percibe ahora, especialmente en el sector de la televisión, como una invasión de producciones comerciales extranjeras en detrimento de las producciones locales. Algunos de estos países también mantienen restricciones a la importación de productos culturales extranjeros. Este es el caso de [...] Colombia que adoptó en 1995 una nueva ley de televisión que aumenta los requisitos de contenido nacional en televisión, incrementándolos al 70% durante las horas de gran audiencia y 40% fuera de este último[20].

Argumentamos que Colombia ha desarrollado políticas nacionales antes del inicio del proceso de negociaciones con los Estados Unidos y la Unesco, pero también ha instituido una estrategia internacional cautelosa al hacer de la cultura el tema de concesión para los temas comerciales (especialmente con los Estados Unidos). Colombia ha manejado las tensiones entre comercio y cultura, pero en su política interna sabemos que la prioridad del Gobierno siempre ha sido el sector comercial, a pesar de la adopción de un conjunto de políticas culturales y su "compromiso" para apoyar la diversidad cultural. Sin embargo, para lograr el manejo de esta tensión, el país tuvo que implementar una estrategia que cubriera ambos temas. La cultura fue el tema de vinculación que llevó a la firma de acuerdos de libre comercio con países como Estados Unidos, Canadá

[20] Ibíd.

o la Unión Europea. Su participación fue considerada "tímida" en la Unesco. Si comparamos con países que hubieran tenido una participación más activa, Colombia fue muy cautelosa. De hecho, el país ratificó la Convención hasta 2013 con una cuidadosa participación en el proceso de preparación de la Convención.

En resumen, es el estado crítico de la diversidad cultural de Colombia, la guerra, la violencia, el desplazamiento forzado y la cultura política de los pueblos colombianos lo que hace de la diversidad una realidad, pero una realidad frágil.

Tipo de win-set *de Colombia*

Aunque Colombia ha estado llevando a cabo negociaciones asimétricas en los sectores comercial y cultural, sin embargo, ha logrado alcanzar una situación de doble ganancia en las negociaciones. Colombia ha tenido que enfrentarse a países influyentes en las negociaciones comerciales, como Canadá, Estados Unidos y algunos países de la Unión Europea.

Los países se encuentran en posiciones asimétricas que luchan por satisfacer los intereses económicos y políticos de los gobiernos que representan. Con respecto a la Convención, Colombia también ha estado en una situación de asimetría en la medida en que los países del norte son los actores clave a nivel internacional.

Colombia ha implementado "exitosamente" negociaciones comerciales y culturales. El gobierno colombiano ha gestionado la liberalización comercial, las políticas culturales internas y la firma de la Convención de la Unesco. La liberalización comercial ha sido un objetivo en sí mismo desde principios de la década de 1990. Se está convirtiendo en una política de Estado a partir de ese momento. Colombia también ha implementado un conjunto de políticas culturales antes del proceso de negociación con los Estados Unidos. Hay dos factores que han contribuido al éxito de las negociaciones con este país:

1) El factor tiempo, considerado un elemento clave para completar con éxito las negociaciones del Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos. De hecho, es una estrategia basada en la existencia de políticas culturales colombianas en el momento de las negociaciones.

2) La estrategia cautelosa de Colombia a nivel internacional con respecto a la Convención. Esta estrategia ha llevado a la negociación de acuerdos de libre comercio con países como Canadá, la Unión Europea y los Estados Unidos, y a firmar simultáneamente la Convención de la Unesco. Cabe recordar que Colombia decidió aprobar la Convención en 2005, pero solo la ratificó en la Unesco en 2013[21]. Finalmente, aunque la Convención representa una concesión para la sociedad civil de este país, el Gobierno colombiano ha logrado alcanzar sus objetivos comerciales.

Conclusiones

Los límites de la investigación

Se estima que existen al menos tres límites a nuestra investigación. El primer límite teórico es la ausencia de perspectivas sobre el juego a dos niveles en lo relativo al debate comercio-cultura. Por estas razones, se utilizaron diferentes perspectivas para delimitar nuestro tema así como el campo de investigación. El segundo límite teórico es la ausencia de una teoría o de una perspectiva analítica que pudiera colaborar a analizar las diversas negociaciones internacionales en diferentes sectores. Si el concepto de *issue linkage* de Putnam (1988) ayuda ante esta dificultad, ya que contribuye a abarcar las redes temáticas que preceden una negociación, falta aún una teoría para analizar las diversas negociaciones en diferentes sectores. El tercer límite es de orden metodológico. Uno de los grandes desafíos de la investigación fue el contexto con los negociadores de la Convención y de los Tratados de Libre Comercio. Se logró establecer un contacto con los consejeros de los negociadores. El acceso a estos últimos en relación con cierto tipo de información precisa es, sin embargo, limitado, en la medida en que ellos no fueron los testigos directos de las negociaciones.

Los resultados más sobresalientes de la investigación

En primer lugar, Colombia desarrolló una verdadera política comercial. Al mismo tiempo, Colombia logró establecer una reserva cultural relativa

[21] Ministerio de Cultura. *Exposición de motivos del Ministerio de Cultura para la adhesión de Colombia a la Convención 2005 de la Unesco*, (Bogotá, Colombia, 2005).

al sector comercial. La perspectiva de Colombia logró articular los objetivos del desarrollo del comercio con la necesidad de tratar de manera particular los temas relacionados con la cultura. El Estado colombiano estuvo inspirado por Francia y es un Estado arquitecto que con el tiempo y la liberalización económica se convirtió en facilitador.

Se considera que hay un acuerdo relativamente generalizado sobre el principio de la diversidad, pero que existe una cooptación de la sociedad civil por parte del Estado Colombiano y que las definiciones de cultura, de diversidad y la tensión comercio-cultura cambia según el actor. El Estado colombiano arquitecto y facilitador concibe la cultura y el comercio como conceptos que no se oponen y utiliza la cultura para avanzar en el comercio.

La dinámica interna del Estado, que es controversial, consiste en presentar la cultura a partir de una idea del desarrollo económico y social, de ahí las tensiones entre el Estado Colombiano y la sociedad civil.

Finalmente, cuando se analizó el tipo de *win-set* de Colombia, se concluyó que, a pesar de las negociaciones asimétricas, Colombia conoció un éxito relativo en las negociaciones relacionadas con el comercio y la cultura. En lo relacionado con el comercio, la liberalización comercial representó una política de Estado desde 1990 con la apertura económica del país. Colombia logró un conjunto de políticas culturales antes del proceso de negociación con Estados Unidos.

Hay dos factores claves que explican por qué Colombia conoció un cierto éxito después de las negociaciones con los Estados Unidos. En primer lugar, el factor temporal. En segundo lugar, la estrategia prudente de Colombia en lo internacional en lo relativo a la Convención.

En lo que respecta a las pistas de investigación futuras, se considera que existen importantes lagunas frente a la posición de América Latina en el marco de la Convención y del debate comercio-cultura. Es necesario estudiar las necesidades de las poblaciones específicas en materia de cultura. Así mismo, es imperativo observar las poblaciones que constituyen las políticas culturales a partir de sus necesidades.

Otra limitación de la investigación tiene que ver con los grupos indígenas y afrocolombianos (dos de los ejes de la política cultural de Colombia). Lograr entender estos dos sujetos e incluso otros de la cultura desborda las ambiciones de este capítulo. Este se concentró en las posiciones y las estrategias de los países del Norte en el debate comercio-cultura, en lo

relativo a la adopción de la Convención de la Unesco y sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, pero falta un análisis de las posiciones de América Latina en este debate.

En conclusión, se sostuvo que Colombia tiene un *win-set* amplio caracterizado por un gana-gana. Su *win-set* es grande porque en el plan nacional hay diferentes posiciones sobre el principio de la diversidad cultural. El Gobierno Nacional considera la cultura como un elemento identitario y económico. Mientras que la sociedad civil colombiana lo considera un aspecto fundamental de la identidad y que debe ser excluido de lo comercial y en particular de los Tratados de Libre Comercio. La Convención de 2005 es la concesión que el Gobierno de Colombia le dio a la sociedad civil para avanzar en otros temas como el comercio. El *win-set* de Colombia es de doble ganancia porque Colombia logró firmar el conjunto de Tratados de Libre comercio y garantizar unas políticas culturales soberanas relativamente completas. Colombia tuvo una estrategia prudente en lo internacional para lograr avanzar en los TLC a la vez que firmando la Convención.

Bibliografía

Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, noviembre 22, 2006. http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853

Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá. Consultado noviembre 21, 2008. http://www.tlc.gov.co/

Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y la República de Colombia y Perú. Consultado julio 26, 2012. http://www.tlc.gov.co

Bernier, Ivan y Ruiz Fabri, Hélène. *Synthèse résumée des analyses et commentaires de Madame Ruiz-Fabri et de Monsieur Bernier sur l'avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques*. París: Agence intergouvernementale de la Francophonie, 2004. Consultado junio 22, 2013. http://www.francophonie.org/IMG/pdf/Synthese_resumee_analyses_et_commentaires_Ruiz-Fabri_Bernier.pdf

Gagné, Gilbert, Côté, René y Christian, Deblock. "Les récents accords de libre-échange conclu par les États unis: une menace à la diversité

culturelle". Montréal: Agence intergouvernementale de la Francophonie, 2004.

Ruiz Favri, Hélène. "Analyse et commentaire critique de l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques dans la version soumise pour commentaires et observations aux gouvernements des États membres de l'Unesco". París: Agence intergouvernementale de la Francophonie, 2004.

Ruiz Favri, Hélène. *Analyse du texte consolidé d'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles* établi par le Président de la Réunion intergouvernementale. París: Agence intergouvernementale de la Francophonie, 2005a. Consultado junio 24, 2013. http://www.francophonie.org/IMG/pdf/analyse_texte_consolide_avant-projet_convention_protection_div_cult.pdf

Ruiz Favri, Hélène. *Contre-argumentaire sur les critiques adressées au projet de convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. París: Agence intergouvernementale de la Francophonie, 2005b. Consultado junio 25, 2013. http://www.francophonie.org/IMG/pdf/Contre-argumentaire_critiques_projet_convention_protection_div_cult.pdf

Agence intergouvernementale de la Francophonie. État des négociations de la convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles et perspectives pour la troisième session d'experts intergouvernementaux. Consultado junio 25, 2013. http://www.francophonie.org/IMG/pdf/Etat_negociations_convention_protection_div_cult_et_perspectives_3e_session_d_experts.pdf

Agence intergouvernementale de la Francophonie. *Le Rapport du PNUD sur la liberté culturelle: les mots et les conceptions*. Consultado junio 25, 2013. http://www.francophonie.org/IMG/pdf/Rapport_du_PNUD_liberte_cult_-_mots_conceptions.pdf

Alexander, Jeffrey y Seidman, Steven. *Culture and Society: Contemporary Debates*. New York: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución política de Colombia*. Bogotá, 1991. http://www.constitucioncolombia.com/indice.php

Audet, Claudine. "Le rôle grandissant des organisations internationales dans le domaine de la culture". En *Tendances et défis des politiques culturelles:*

cas nationaux en perspective, 345-385, dirigido por Diane Saint Pierre. Laval: Presses de l'Université de Laval, 2010.

Baer, Jean-Michel. L'exception culturelle. Une règle en quête de contenus. *Cahiers en Temps Reel* 11 (2003). http://lexception.rezo.net/article116.html

Bravo, Martha Elena et al. "Políticas culturales y territorios en diálogo: experiencias de formulación de políticas culturales en Colombia 2001-2020". *IV Enecult-Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Salvador de Bahia, Brazil, 2008.

Benessaieh, Afef. "Multiculturalism, interculturality, transculturality". En *Amériques transculturelles*, 11-37, dirigido por Afef Benessaieh. Ottawa: Presse de l'Université d'Ottawa, 2009.

Benhamou, Françoise y Peltier, Stéphanie. "How should cultural diversity be measured? An application using the French publishing industry". *Journal of Cultural Economics* 31 (2007): 85-107.

Bernier, Ivan. "La négociation de la convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles". *Canadian Yearbook of International Law* 43, n.º 43 (2005): 3-44. Consultado junio 22, 2013. http://heinonline.org.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/HOL/Page?handle=hein.journals/cybil43&div=5&g_sent=1&collection=journals.

Bonamusa, Margarita y Segura, Renata. La sociedad civil y la redefinición de lo público. *Revista Colombia Internacional (Universidad de los Andes)*, abril-junio 1996. http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/234/index.php?id=234

Bordat, Elodie Marie. "Institutionalization and change in cultural policy: Conaculta and cultural policy in Mexico (1988-2006)". *International Journal of Cultural Policy* 19, n.º 2 (2013): 222-248. DOI: 10.1080/10286632.2011.638980.

Bouquillon, Philippe y Combes, Yolande. "Introduction". En *Diversité et industries culturelles*, 7-22, dirigido por Philippe Bouquillon. París: L'Harmattan, 2011.

Atkinson, Dave et Bernier, Ivan. *Commerce international et diversité culturelle: la recherche d'un difficile équilibre*. Canadien Centre for Foreign Policy Development. Ontario, Ottawa, Canadá: 2000. Consultado

junio 22, 2013. http://publications.gc.ca/collections/Collection/E2-256-2000F.pdf

Chan-Tibergien, Jennifer. "Cultural diversity as resistance to neoliberal globalization: The emergence of a global movement and Convention". *International Review of Education* 52, n.º 1-2 (2007): 89-105.

Coalición Colombiana para la Diversidad Cultural. "Coalición colombiana para la diversidad cultural: primera declaración". Consultado agosto 19, 2006. http://diversidadculturalcolombia.blogspot.com

Coalición Colombiana para la Diversidad Cultural. "El Gobierno colombiano apoya la Convención de la Unesco", 2005. Consultado agosto 19, 2006. http://diversidadculturalcolombia.blogspot.com

Coalition de la diversité culturelle. *La convention de l'Unesco sur la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'Unesco: un combat pour la culture, votre combat*. Montréal, 2012.

Congreso Visible. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, firmada en París el 20 de octubre de 2005 [Convención Diversidad de Expresiones Culturales], 2011. http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-aprueba-la-convencion-sobre-la-proteccion-y-promocion-de-la-diversidad-de-las-expresiones-culturales--firmada-en-paris-el-20-de-octubre-de-2005-convencion-diversidad-de-expresiones-culturales/6143/

Contravía TV. *Contravía: TLC y cultura*. [Émission Webdiffusée], 2011. https://www.youtube.com/watch?v=YkLtdsC2IEM

Coplan, Aharon. *Historia de la estadística en Colombia: el resguardo*. Bogotá: Banco de la República de Colombia, s. d. http://www.banrepcultural.org/node/19177

Cowen, Tyler. *Creative Destruction, How Globalization is changing the World's Culture*. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

O'Meara, Dan y Roussel, Stéphene. "Le libéralisme classique". En *Théories des relations internationales. Contestations et résistances*, dirigido por Macleod, Alex y O'Meara, Dan, 131-149. Québec: Athéna éditions.

Drouin, Catherine. La diversité culturelle dans les Amériques: La réponse politique à un enjeu économique? *Centre d'études interamericaines*, 2007. http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_cd_culture_jan2007.pdf

Durepos, Catherine. "La théorie du 'jeu à deux niveaux' de Robert D. Putnam: la position du Brésil dans les négociations entre le Mercosur et l'Union européenne pour la signature d'un accord de libre-échange", 1-64. Mémoire de maîtrise. Laval: Institut québécois des hautes études internationales, 2008.

During, Simon. *The Cultural Studies Reader*. New York: Routledge, 1997.

Evans, Peter, Jacobson, Harold y Putnam, Robert D. *Doubled-Edged Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics*. London: University of California Press Editions, 1993.

Fédération internationale des coalitions pour la diversité culturelle. Coalición Colombiana para la Diversidad Cultural, s.d. http://www.ficdc.org/Colombie

Gagné, Gilbert. "Libéralisation et exception culturelle: le différend canado-américain sur les périodiques", *Études Internationales* 30, n.º 3-4 (1999): 571-587.

Gagné, Gilbert. "Mondialisation, régionalisation et questions identitaires: le Canada, le Québec et l'exception culturelle". *Revue Québécoise de Droit International* 13, n.º 2 (2000): 277-288.

Gagné, Gilbert (dir.). *La diversité culturelle: vers une convention internationale effective?* Collection Point Chauds. Montréal: Fides, 2005.

Gagné, Gilbert. "Le rôle du Québec dans la promotion de la diversité culturelle et linguistique au sein des organisations internationales". En *À la rencontre d'un Québec qui bouge: introduction générale au Québec*, bajo la dirección de Robert Laliberte, 265-277. París: Éditions du CTHS, 2009.

Gagné, Gilbert. "Édition spéciale: la Convention sur la diversité des expressions culturelles". *Chronique Culture, commerce et numérique, édition spéciale*, enero 15, 2011. Consultado el 24 junio de 2013. http://www.ieim.uqam.ca/spip.php?page=article-ceim&id_article=6288.

Gagné, Gilbert y Vlassis, Antonios. "Ratification par le congrès américain de trois accords de libre-échange avec la Corée du Sud, la Colombie et le Panama: des implications pour la diversité des expressions culturelles". *Chronique Culture, commerce et numérique* 6, n.º 10 (diciembre 5, 2011). Consultado junio 23, 2013. http://www.ieim.uqam.ca/IMG//pdf/BulletindecembreOIF.pdf

García, Daniel. USA nos USA. *El Espectador*. 7 noviembre, 2005. http://diversidadculturalcolombia.blogspot.com

Germann, Christophe. "Diversité culturelle et libre-échange à la lumière du cinéma: réflexions critiques sur le droit naissant de la diversité culturelle sous les angles du droit de l'Unesco et de l'OMC, de la concurrence et de la propriété intellectuelle", 109-130.

Gobierno de España. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. (s.d.). *La Red Internacional de Políticas Culturales (RIPC).* España. http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cooperacion/promocion-exterior/el-espacio-cultural-iberoamericano/05.html

Graber, Cristophe Beat. "The new Unesco Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO". *Journal of International Economic Law* 9, n.º 3 (2006): 553-574.

Guèvremont, Veronique. *Aplicación y seguimiento de la Convención sobre la diversidad de las expresiones culturales: el reto de una acción concertada de la sociedad civil*, 1-23. http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/article-societe-civile-esp.pdf

Hall, Stuart. "The local and the global: globalization and ethnicity". En *Culture, Globalization and the World-System: Contemporary Conditions for the Representation of Identity*, bajo la dirección de Anthony D. King, 19-40. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

Handwerker, Penn. "The construct validity of cultures: cultural diversity, cultural theory, and a method for ethnography". *American Antropologist* 104, n.º 1 (2002): 106-122.

Hira, Anil. *The FTAA as a two-level barganing game*. Regional Integration Meeting Montevideo-Uruguay, 2002, 1-19. Uruguay.

Jaramillo, Alberto. "La apertura económica en Colombia". *Revista Universidad Eafit* 28, n.º 87, (1992): 15-32.

Jaramillo, Bernardo. Algo más que la cuota de pantalla. *El Tiempo*, 2005. Recuperado de http://diversidadculturalcolombia.blogspot.com

John Hopkins Index of civil society. *Global civil society Dimensions of the non profit sector: Chapitre 21 Colombia*, 1999. Consultado marzo 25, 2015. http://ccss.jhu.edu/wp-content/uploads/downloads/2011/08/Colombia_GCS1_1999.pdf

Katzenstein, Peter (dir.). *Between Power and Plenty*. Madison: University of Wisconsin Press, 1978.

Krasner, Stephen D. (1983). *International Regimes*. Ithaca, Cornell University Press.

Lachapelle, Guy et Bruno Maltais. "Diversité culturelle et stratégies subétatiques: le cas du Québec". *Revue Internationale de Politique Comparée* 12 (2005): 143-159.

Lachapelle, Guy (dir.). *Diversité culturelle, identités et mondialisation: de la ratification à la mise en œuvre de la convention sur la diversité culturelle*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2008.

Leander, Anna. "Bertrand Badie cultural diversity changing international relations?". En *The Future of International Relations: Masters in the Making?*, editado por Iver B. Neumanna y Ole Waenver, 145-78. Londres: British Library Cataloguing, 2001.

Lebert Ghali, Caroline. "La diversité culturelle sous l'égide de la Convention de l'Unesco, une analyse du rôle des États-nations et du marché". Mémoire de maîtrise numérique. Montréal: Université de Montréal, 2012. Consultado junio 25, 2013. https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/7093/2/Lebert_Ghali_Caroline__2012_memoire%20.pdf.

Maltais-Provencher, Bruno. "Le rôle du Québec dans le dossier de la diversité culturelle. L'affirmation internationale d'une entité fédérée". Mémoire de maîtrise numérique, Montreal: Université du Québec à Montréal, 2011.

Martin, Éric. "Le projet de Convention internationale sur la diversité culturelle comme réponse au marché mondial de la culture". *Études Internationales* 36, n.º 2 (2005): 201-217.

Mattelart, Armand. *Diversité culturelle et mondialisation*. Collection Repères. París: La Découverte, 2005.

Mauviel, Maurice. *L'histoire du concept de culture: le destin d'un mot et d'une idée*. París: L'Harmattan, 2011.

Meer, Nasar. "How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?". *Journal of Intercultural Studies* 33, n.º 2 (2011): 175-196.

Colombia, Ministerio de Cultura. "Política de diversidad cultural". Febrero 16, 2010.

Colombia, Ministerio de Cultura. "Primera Parte. Política pública". Febrero 16, 2010.

Colombia, Ministerio de Cultura. "Sección 5 Política de gestión internacional de la cultura". Febrero 16, 2010.

Colombia, Ministerio de Cultura. "Exposición de motivos del Ministerio de Cultura para la adhesión de Colombia a la Convención 2005 de la Unesco.

Colombia, Ministerio de Cultura. "Instrumento de adhesión de Colombia a la Convención 2005 de la Unesco firmado por la canciller el 24 de enero de 2013".

Colombia, Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Cultura. "Derecho de petición de información n.º 14105". Octubre 10, 2014.

Colombia, Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Cultura. "Derecho de petición de información n.º 14231". Noviembre 11, 2014.

Colombia, Protocole d'intégration culturel Mercosur. Mercosur/CMC/DEC n.º 11/96. http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_011_096_.PDF

Canadá, Ministère de la Culture et des Communications du Québec. *Bulletin des nouvelles sur la diversité des expressions culturelles* 3, n.º 4 (2003). Ivan Bernier. Consultado junio 26, 2013. http://www.diversite-culturelle.qc.ca/index.php?id=110&L=0&tx_bulletinsirre_pi1%5Byear%5D=2003&tx_bulletinsirre_pi1%5Bidbulletin%5D=792

Canadá, Ministère de la Culture et des Communications du Québec. Direction générale du secrétariat et des communications. *La mise en œuvre et le suivi de la Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Perspective d'action*, 1-30. Ivan Bernier et Hélène Ruiz Favri. Québec, 2006.

Canadá, Ministère de la Culture et des Communications du Québec. *Un aspect important de la mise en œuvre de la Convention sur la protection et promotion de la diversité des expressions culturelles: le fonds international pour la diversité culturelle*, 1-20. Ivan Bernier. Québec, 2007. Consultado junio 27, 2013. http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/fonds-diversite-culturelle.pdf

Canadá, Ministère de la Culture et des Communications du Québec. *Les relations entre la convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et les autres instruments internationaux. L'émergence d'un nouvel équilibre dans l'interface entre le commerce et la culture*, 1-24. Ivan Bernier. Québec. Consultado junio 27, 2013. http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/IvanBernier_Relations_entre_Convention_Unesco_instruments_internationaux-2.pdf

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Grupo de atención al ciudadano. "Derecho de Petición de Información. n.º 1-2014-000081". Enero 7, 2014.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Equipo de negociación. "Derecho de Petición de Información n.º 1-2014-002871". Enero 12, 2014.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Equipo de negociación. "Derecho de Petición de Información n.º 1-2014-003003". Enero 12, 2014.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Equipo de negociación. "Derecho de Petición de Información n.º 1-2014-013061". Julio 7, 2014.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Equipo de negociación. "Derecho de Petición de Información n.º 1-2014-013101". Agosto 13, 2014.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Equipo de negociación. "Derecho de Petición de Información n.º 1-2014-020853". Octubre 10, 2014.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. "Negociación comercial con la Unión Europea. Presentación para la mesa regional amazónica". Mayo 29, 2009. Recuperado de http://www.mincit.gov.co/descargar.php?id=26316.

Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. Consulta sobre gestión de recursos públicos, 2004. http://www.pte.gov.co/WebsitePTE/VelocidadEjecucionBootstrap.aspx

Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia, 2005-2014. Consulta sobre gestión de recursos públicos. http://www.pte.gov.co/WebsitePTE/VelocidadEjecucionBootstrap.aspx

Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. "Presupuesto General de la Nación 2014". http://fr.slideshare.net/imagen20048/presentacin-presupuesto-general-nacin-colombia-2014

Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. Daniel Manjarrés. "Derecho de Petición de Información". Marzo 19, 2013.

Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. Daniel Manjarrés. "Derecho de Petición de Información. Octubre 22, 2014.

Moravcisk, Andrew. "Introduction: Integrating International and Domestic Theories of International Bargaining". En *Double-Edged Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics*, dirigido por Peter B. Evans, Harold K. Jacobson y Robert D. Putnam, 3-42. Berkeley, University of California Press, 1993.

Mosquera, Juan de Dios. Situación y problemática de la población afrocolombiana, s. d. Recuperado de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/sociologia/estudiosafro/estudiosafro5.htm

Musitelli, Jean. "La Convention sur la diversité culturelle. Anatomie d'un succès diplomatique". *Revue Internationale et Stratégique* 2, n.º 62 (2006): 11-22.

Musitelli, Jean. "Les États-Unis et la diversité culturelle. Histoire d'un rendez-vous manqué". *Politique Américaine* 5 (2006): 73-87.

Neuwirth, Rostam J. "The Future of the 'Culture and Trade Debate': A Legal Outlook". *Journal of World Trade* 2, n.º 47 (2013): 391-419.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Déclaration de Méxique sur les politiques cultureles*. France, París, 1982. Recuperado de http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000546/054668mb.pdf. Consultado junio 2, 2013.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle*, 2001. Consultado junio 29, 2013. http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques. Présentation des commentaires et amendements*, Partie I: Commentaires généraux des États membres, 2004. Consultado junio 28, 2013. http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001385/138520m.pdf

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 2005. Consultado junio 28, 2013. http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Historique Convention*, 2005. http://fr.unesco.org/creativity/convention

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 2009. Deuxième session. Consultado junio 28, 2013. http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/convention_2005/CoP/Resolutions_2CP_fr.pdf

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Troisième session, Point 9 de l'ordre du jour provisoire: Stratégie de levée de fonds pour le Fonds international pour la diversité culturelle (FIDC)*, 2011a. Consultado junio 28, 2013. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Conv2005_3CP_9_IFDC_Fundraising_Strategy_FR.pdf

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. *Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Troisième session, 2011b. Consultado junio 28, 2013. http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Conv2005_3CP_INF5_Fundraising_terms_of_reference_fr.pdf

Portafolio. "Industria cultural aporta el 3.21% al PIB de Colombia". Septiembre, 2011. http://www.portafolio.co/portafolio-plus/industria-cultural-aporta-321-al-pib-colombia

Presidencia de la República de Colombia. *La revolución pacífica*. Bogotá, 1991. Recuperado de https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Planes-de-Desarrollo-anteriores.aspx

Colombia, Presidencia de la República de Colombia. "Para concretar negociaciones del TLC: Uribe pide a Bush flexibilidad en el agro, medicamentos y cultura". Noviembre 4, 2005. http://diversidadculturalcolombia.blogspot.com

Portafolio. "Industria cultural aporta el 3.21% del PIB". *Journal Portafolio (Colombia)*, 2011. http://www.portafolio.co/portafolio-plus/industria-cultural-aporta-321-al-pib-colombia

Putnam, Robert. "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games". *International Organisation* 42, n.º 3 (1988): 427-460.

Rice, Condoleezza. "La presión estadounidense frente a la Convención de la Unesco", 2005. http://diversidadculturalcolombia.blogspot.com

Richieri Hanania, Lilian. "Effects of the Convention on trade negotiations". En *Cultural diversity in Intenational Law: The effectiveness of the Unesco Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 25-39, editado por Routledge. Londres: Routledge, 2014.

Singh, J. P. "Development Objectives and Trade Negotiations: Moralistic Foreign Policy or Negotiated Trade Concessions?". *Dans International Negotiation* 15 (2010): 367-389.

Sistema Nacional de Información Cultural (Sinic). Sistema Nacional de Cultura, (s. d.). http://www.sinic.gov.co/SINIC/SNC/PaginaConsultaSNC.aspx?/AREID=5&SECID=16

Systeme d'information sur le commerce extérieur. Dictionnaire de termes commerciaux. Recuperado de http://www.sice.oas.org/dictionary/SV_f.asp. Consultado enero 29, 2016.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Chile. Diciembre 6, 1993. http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=15793

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las repúblicas de Salvador, de Guatemala y Honduras. Agosto 9, 2007. http://www.tlc.gov.co/

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA). Noviembre 25, 2008. http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=16144

Unesco. *Conference mondiale sur les politiques culturelles*. Julio y agosto, 1982. México. http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000525/052505sb.pdf

Vlassis, Antonios. "Stratégie(s) d'acteur(s) et construction des cadres normatifs internationaux: De l'exception culturelle à la diversité culturelle". Tesis de doctorado, Bordeaux: Université de Bordeaux, 2010.

Vlassis, Antonios. "La mise en œuvre de la Convention sur la diversité des expressions culturelles: portée et enjeux de l'interface entre le commerce et la culture". Études internationales 42 (2011): 493-501.

Vlassis, Antonios. *Les enjeux de la Convention sur la diversité des expressions culturelles*, 2011. Consultado junio 30, 2013. http://www.inaglobal.fr/droit/article/les-enjeux-de-la-convention-sur-la-diversite-des-expressions-culturelles.

Vlassis, Antonios. "Développement culturel. La Relance du Fonds pour la promotion de la culture et ses implications institutionnelles et politiques". L'observatoire – Les inédits. Octubre, 2012.

Watkins, Michael. Negotiating in a complex world. *Negotiating Journal* 15, n.º 3 (1999): 245-270.

Wise, Patricia. Cultural policy and multiplicities. *International Journal of cultural policy* 8, n.º 2 (2002): 221-231.

Wolff, Janet. "The Global and the Specific: Reconciling Conflicting Theories of Culture". En *Culture, Globalization and the World-System: Contemporary Conditions for the Representation of Identity*, editado por University of Minnesota Press, 161-174. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

Parte 2
Debates sobre justicia transicional

Pregunta de investigación

Esta segunda parte de la obra se dedica a los debates recientes seleccionados por algunos investigadores en materia de justicia transicional. La pregunta principal de investigación de esta sección es indagar sobre la adecuación de modelos de justicia transicional a escenarios locales y la relación entre la comunidad y los ejercicios de justicia transicional. En esta sección, más específica, los autores eligieron un enfoque de análisis descriptivo-analítico de escenarios de justicia transicional locales inspirados en paradigmas teóricos de ese tipo de justicia.

Justicia restaurativa hacia la formación de la comunidad, con fundamento en los derechos humanos

Lizeth Judith Choconta Solano[*]
Ruth Astrid Mora Cuervo[**]

Resumen

El objetivo de este artículo es presentar a la justicia restaurativa como un nuevo paradigma frente a la justicia penal tradicional, la cual busca orientar la creación de una nueva ética; desarrollando una alternativa a la pena y su tratamiento, lo que a su vez se propone como un modelo de justicia de los derechos humanos que reivindique a la víctima.

Así mismo, se quiere dar una mirada a la construcción de la justicia restaurativa y la importancia que esta tiene para la comunidad en escenarios educativos, desde la formación de la niñez, para que pueda considerarse como una justicia preventiva de conflictos o de resolución, y que sea el primer paso de una verdadera justicia, con un enfoque aplicado a los derechos humanos.

[*] Abogada de la universidad pedagógica y tecnológica de Colombia. Candidata al título de magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia.

[**] Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Candidata al título de magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina.

Palabras clave: justicia restaurativa, derechos humanos, sistema penal, comunidad, solución de conflictos.

Abstract

The aim of this article is to present the restorative justice as a new paradigm which seeks to guide the creation of a new ethics, developing an alternative option to the punishment and its treatment against the traditional criminal justice. At the same time it is a proposal model of Human Right justice that vindicates the victim.

Likewise, we also want to take a look at the construction of the restorative justice and the importance for the community in educational scenes beginning from the formation of childhood so it can be considered as a preventive justice or conflict resolution and that would be the first step of a true justice focused on Human Rights.

Keywords: restorative justice, human rights, criminal system, community, conflict resolution.

Introducción

La justicia penal tradicional ha estado enmarcada por el protagonismo del delincuente y la imposición del castigo, la formalidad del proceso sobre los intereses de la víctima y el monopolio del Estado frente a la solución de conflictos. Este modelo de justicia se caracteriza por ser retributivo, sin que contribuya a satisfacer las necesidades de la víctima y del ofensor[1].

Es precisamente un nuevo paradigma el que se que propone con la justicia restaurativa, que se oriente a la creación de una nueva ética; se desarrolle una alternativa a la pena y su tratamiento; un modelo de justicia de los DD. HH. que reivindique a la víctima; que el objetivo de la justicia penal sea la reparación del daño, la restauración de la paz social como respuesta al delito; que la participación de las partes involucradas sea de manera voluntaria[2]. Y que pueda verse como una justicia preventiva de conflictos o para solucionar los mismos (resolución).

---

[1] Howard Zehr, *Justicia Restaurativa*, (United States of America: Good Books, 2007), 11.

[2] Margarita Zernova, *Restorative Justice: Ideals and Realities*, (Hampshire: Ashgate, 2007).

La mayoría de Estados occidentales dirigen sus esfuerzos y presupuesto al delincuente y a las políticas criminales, intentan prevenir el crimen, ignorando la relación que existe entre la víctima y el victimario y de emprender la construcción de un nuevo discurso y medidas eficaces en el ámbito de una concepción de una Justicia Restaurativa de los DD. HH.

La justicia se ha catalogado por estar enmarcada como la que se imparte desde la instancia penal, lo que ha sido desde el lente retributivo, y ello ha dejado muchas cicatrices sin curar y no ha dado muestras de ser la mejor fórmula de resolver el conflicto social, ni mucho menos conflictos armados. Es por esta razón que se quiere dar una mirada de la construcción de la justicia restaurativa y de la importancia para la comunidad en escenarios educativos, para la formación de la niñez y el primer paso de una verdadera justicia, aplicada al enfoque de los DD. HH.

1. Antecedentes de la concepción de justicia restaurativa

Como primera medida, autores como Hudson, Galaway y Christie, con su obra *Conflicts as Property*[3], propusieron un sistema alternativo de solución de conflictos al derecho penal tradicional, quienes se tienen como los autores que comenzaron a construir el concepto de lo que hoy se conoce como justicia restaurativa. Pero fue posiblemente Zher quien, en sus libros *Retributive Justice*, *Restaurative Justice, alternative justicie paradigms*, en 1980, y *Changing Lenses*, en 1990, llegó a desarrollar un verdadero modelo alternativo conforme a las nuevas preocupaciones. Se oficializa el nombre de "justicia restaurativa", a partir del Congreso Internacional de Criminología de Budapest en 1993[4].

A este tenor, no se puede olvidar que la justicia restaurativa ha existido como práctica hace muchos siglos en diferentes pueblos aborígenes en regiones como Nueva Zelanda, Canadá, Australia, Norteamérica, e incluso en América Latina. Hacia los años noventa en Nueva Zelanda y Australia se adoptaron prácticas como el *Family Group Conferencing*, en las cuales participa la comunidad, la víctima y el infractor, incluyendo policías y funcionarios judiciales. En Canadá, se asumió de los aborígenes

---

[3] Christie, Nils et al., "Conflicts as Property. Perspectives on Crime Victims". St. Luis (1981).

[4] Manzanares Samaniego, *Mediación, reparación y conciliación en derecho penal*, (Granada: Comares, 2007).

los llamados *círculos de pacificación*, donde se incluye a la comunidad, que son tomados como las experiencias de justicia restaurativa, pero que para Josep Tamarit son diversos a la justicia restaurativa, al ser procesos de justicia comunitaria.

En América Latina la idea de justicia restaurativa se invoca para renunciar a la justicia penal formal respondiendo al delito con formas de justicia comunitaria o entre las partes. En procesos transicionales igualmente se responde a los derechos de los asociados en países que hayan sufrido conflicto armado o regímenes dictatoriales, a través de disculpas, participación de las víctimas, reconciliación y reparación por parte de la sociedad[5].

2. Concepto e implicaciones de la justicia restaurativa

De manera institucional, organismos como la ONU y su Consejo Económico y Social a través de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y la Recomendación R(99)19 de 15 de septiembre de 1999 han entendido la justicia Restaurativa como "todo programa que utilice procesos restaurativos y busque resultados restaurativos", procesos en donde las víctimas, el delincuente y otros participantes puedan trabajar conjuntamente en forma activa para la resolución del crimen, lo cual lleva a que las consecuencias de esta participación sean de reparación, restitución y servicio a la comunidad.

Esta justicia restaurativa no se ha unificado, los diferentes defensores de este modelo tienen una diversidad de objetivos, que no son necesariamente excluyente una de otra; existe una tendencia que busca que la justicia penal involucre a los actores del crimen en la toma de decisiones acerca de lo que debe ser la secuela del delito[6]. Otros consideran como prioridad la reparación del daño ocasionado[7]; así, los autores se refieren a la justicia restaurativa como una "forma muy diferente de pensar", un

---

[5] Josep María Tamarit Sumalla, *La justicia restaurativa, aplicaciones y desarrollo*, (Granada: Editorial Comares, 2012), 3.

[6] Paul MaCold y Ted Wachtel, "En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa", (ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, Río de Janeiro, International Institute For Restorative Practices, 2003).

[7] Luis F. Gordillo, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, (Madrid: Iustel, 2007), 60.

"nuevo paradigma" una "alternativa radical", que implica una transformación revolucionaria de responder a la delincuencia. Con esta primera aproximación se aborda la justicia restaurativa con el propósito de analizar a la luz de la actualidad del derecho penal y su trascendencia en el entorno colombiano que fundamente una nueva forma de ver la pena.

Igualmente, como nueva forma de disciplina para la comunidad y la formación de la niñez en la escuela, donde la convivencia se convierta en el reto de cada día, y al cual viene la importancia de la significación del ser humano, para dejar de lado el aislamiento del otro y que, gracias a la implementación desde la Escuela como nicho de formación, el niño deba saber solventar pacíficamente los conflictos que se le presente.

3. Justicia restaurativa y su trascendencia en el entorno comunitario

Como primera medida, tal como lo establecieron los jueces Barry Stuart y Kay Pranis, para la justicia restaurativa cuando el Estado actúa a nombre nuestro, debilita nuestro sentido de comunidad. Esto deja claro que las comunidades sufren el impacto del crimen y ejercen un rol importante en el proceso restaurativo, pues los miembros asumen responsabilidades tanto o igual como las víctimas e incluso al rol de los ofensores.

La justicia restaurativa le da prioridad a las necesidades de las víctimas, donde el sistema penal ha tratado inadecuadamente la resolución de las mismas. Esta tiene un especial interés por aquellas necesidades, ya que al sentirse ignoradas, abandonadas y en muchos casos atropelladas por el mismo sistema, pues el crimen no considera a la víctima, así que "el crimen es definido como un perjuicio contra el estado, de modo que este toma el lugar de la víctima, pero sin entender que las verdaderas víctimas tienen necesidades específicas que la justicia debe satisfacer"[8], centrándose más en las necesidades tanto de la víctima, los ofensores y la comunidad.

Zher establece que hay tres conceptos pilares que guían a la justicia restaurativa: los daños y las necesidades, las obligaciones y la participación. Como primer pilar se centra en el daño, pues concibe el crimen como el daño ocasionado a las personas y a las comunidades, partiendo de la

[8] Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, (United States of America: Good Books, 2007), 19.

preocupación de las víctimas y sus necesidades; procura reparar el daño, no solo de manera concreta sino también de manera simbólica, ocupándose de todas las necesidades sin distinción.

Igualmente, para la justicia restaurativa se resalta la importancia de la responsabilidad del ofensor y de sus obligaciones que esta conlleva, pues crea que dichas responsabilidades ocasionadas por los ofensores reciban el castigo, castigo que sirve como punto de partida para empezar a mirar las consecuencias de las acciones y enmendar el daño en conjunto con la comunidad.

El principio de la participación da a entender que los afectados por el crimen, tales como las víctimas, los ofensores y los miembros de la comunidad, ejerzan roles importantes en los procesos judiciales y así tener acceso a la información y velar por una justicia real. La idea de enmendar el daño causado tiene como punto central la implicación de la responsabilidad que se genera en los procesos de justicia restaurativa, donde la acción de enmendar el mal causado requiere que se traten de igual manera las causas del crimen.

La justicia restaurativa, igualmente, se ocupa de la restauración y reintegración, tanto de las víctimas como de los ofensores, como del bienestar e interés común de toda la comunidad. Justicia de arraigo comunitario, pues

> entiende que el delito y los conflictos suceden en el contexto social, y que por ende sus consecuencias y claves para la búsqueda de resolución están en la comunidad misma. Reconoce así una dimensión humana del delito y procura hacer, en materia jurídica, un acercamiento al sistema reconociendo la normatividad, y en materia social, la recomposición del tejido social roto, buscando salidas creativas al delito[9].

Para poner énfasis en la dimensión social que trae consigo el delito y los conflictos, todo para reparar el lazo social y que a su vez se generen procesos de reparación y reconciliación y que, en palabras más sabias de Zher, *no busca el encierro del infractor sino su rehabilitación a través de la*

---

[9] Diana Britto Ruiz, *Justicia restaurativa, reflexiones sobre la experiencia en Colombia*, (Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2010), 19-20.

reparación del daño, una justicia restaurativa que modifique las relaciones desiguales que han surgido de los conflictos y el mismo delito.

Además, el elemento principal de la justicia restaurativa es el aporte del diálogo[10], pues le da relevancia tanto a la víctima como al victimario. En primer lugar, a la víctima, pues ella se expresa directamente al infractor de sus angustias y sus sentimientos más dolorosos, y así superar el choque con el delito; así mismo, en el papel del victimario, pues se genera el encuentro con la víctima, el cual propicia ser consiente del daño y la responsabilidad de este.

Procura que se asuma la resolución de los conflictos como una relación entre el delincuente y la víctima, sin dejar atrás el acompañamiento de la comunidad, dentro del procedimiento que resulte más eficaz, sin olvidar que se busca la consecución de la sensibilidad del infractor, para que no haya reincidencia en los delitos. En ese sentido, la justicia restaurativa condena el acto delictivo, de ninguna manera es impunidad, pues "mantiene la responsabilidad de los delincuentes, y busca que se involucren todas las personas afectadas en primer o segundo nivel; alienta el arrepentimiento del delincuente para que trabaje activamente en la reparación del daño causado para que pueda así lograr recuperar su lugar en la sociedad"[11]. "La Justicia Restaurativa es un camino de apertura de la Justicia que pone el énfasis en reparar las consecuencias del conflicto. El crimen es entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social"[12].

Por otro lado y en otra faceta, la justicia restaurativa no solo se centra en la conducta de la pena dentro del sistema, sino también en el proceso de formación de la comunidad, de la niñez, para la resolución de los conflictos y el empoderamiento, todo dentro del marco de los DD. HH., para crear ambientes más sanos y la interacción entre la víctima y el ofensor.

La justicia restaurativa en la escuela busca reparar el daño que las situaciones problemáticas, conflictos y agresiones causan en la comunidad educativa, y en las relaciones para asumir un rol de reconocimiento de

---

[10] Gordillo, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 60.

[11] Britto, *Justicia restaurativa, reflexiones sobre la experiencia en Colombia*, 20.

[12] Ibíd., 21.

las equivocaciones desde su autonomía y no como la situación de culpa. Las escuelas buscan el logro de principios y prácticas que den el manejo a los conflictos desde el aprendizaje y el espíritu de filosofía restaurativa, entendiendo la dimensión humana de cada caso y brindando a las personas implicadas el espacio para transformar el conflicto y salir fortalecidas en valores y con habilidades para enfrentar nuevos retos.

4. La justicia restaurativa y su disciplina social

McCold y Wachtel establecen los elementos con los cuales conectar a la hora de enseñar disciplina, tal como el control, que busca poner límites bien definidos y cumplir principios; y el apoyo y enseñanza, que busca el acompañamiento activo e interés por el bienestar y el desinterés por las necesidades físicas y emocionales. Tal como lo expresan da paso a establecer cuatro enfoques para la reglamentación de la conducta, definidos en punitivo, permisivo, negligente y restaurativo[13]:

> *Enfoque Punitivo*: es la combinación alto control-bajo apoyo se denomina también "retributivo". Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa, es el enfoque que predominantemente busca alcanzar la disciplina a través del castigo. *Enfoque Permisivo*: con control bajo y apoyo alto, tiende a proteger a las hijos/as para que no sufran las consecuencias de sus actos, este enfoque releva de responsabilidades y a la vez condena a la incapacidad e inmadurez. *Enfoque Negligente*: un control bajo y un apoyo bajo son padres simplemente negligentes, este enfoque se caracteriza por la indiferencia y la pasividad de los adultos frente a las actuaciones y sentimientos de los jóvenes. *El enfoque Restaurativo*: con control alto y apoyo alto, confronta y desaprueba los comportamientos inadecuados al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los niños/as y jóvenes. La esencia de la justicia restaurativa como enfoque disciplinario es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan

[13] McCold y Wachtel, "En busca de un paradigma, una teoría sobre justicia restaurativa".

> visto más afectadas por un conflicto o problema se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo busca que no se generen estigmas y permite que el niño/a se rectifique sus errores[14].

Desde la perspectiva restaurativa se vuelve útil para el rol de la niñez como para el de la víctima, a lo cual se muestra que cuando un niño cometa una infracción se le impone una disciplina, es necesario el control, es decir, poner en claro cuáles son las reglas que ha roto, las implicaciones de lo que hizo y las consecuencias que acarreó su actuación, que sin duda alguna debe reparar y así mismo el apoyo, el cual crea un ambiente de confianza y seguridad, con firmeza en un trato de escucha y de dimensión humana, para así facilitar la comprensión, la transformación y la prevención.

En cambio, en el caso de la víctima se requiere más apoyo emocional, pues desde la perspectiva restaurativa se hace evidente el desequilibrio de poder que existe entre infractor y víctima, y la agresión solamente es posible porque uno se siente claramente más fuerte que el otro, ya que puede tender a ejercer la fuerza para vengarse.

A la par, en contextos escolares, la justicia restaurativa se distingue también en tres niveles[15]:

> *Primer Nivel*: tiene un enfoque preventivo, busca desarrollar habilidades para la resolución de conflictos basadas en los valores y principios de la justicia restaurativa en todas las personas integrantes de la comunidad educativa. Así, en la medida en que se profundiza en este nivel cada vez más las personas al interior de la comunidad tendrán las herramientas para afrontar los problemas con perspectiva restaurativa. Este nivel debe ser abordado tanto en

---

[14] Britto, *Justicia restaurativa*, *reflexiones sobre la experiencia en Colombia*, 126.

[15] Brenda Morrison, "Restaurative Justice in Schools", en *New Directions in Restorative Justice: Issues, practice, evaluation*, editado por Elizabeth Elliot y Robert Gordon, 50-76, (Reino Unido: Willan Publishing, 2005). En Diana Britto Ruiz, *Justicia Restaurativa, Reflexiones sobre la experiencia en Colombia*, (Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2010), 133.

> las familias como en el contexto escolar, y se focaliza en reafirmar las relaciones.
>
> *Segundo Nivel*: está dirigido sobre todo a grupos al interior de la institución educativa. Busca desarrollar habilidades para intervenir en algunos casos cuando los problemas o conflictos involucran grupos o afectan directamente a los mismos. Este nivel implica la utilización de personas que faciliten el acercamiento. En estos casos la práctica de círculos de discusión es una excelente herramienta. El foco de este nivel está en la recomposición de las relaciones rotas o fracturadas por efecto del conflicto.
>
> *Tercer Nivel*: este nivel involucra la participación de un grupo más amplio de personas incluyendo padres de familia, integrantes de otras secciones de la institución e incluso otro tipo de personas o autoridades fuera de la comunidad educativa, ello lo marca la gravedad del caso. Para su desarrollo pueden ser usadas herramientas como los círculos familiares. El foco de este nivel está en reparar y reconstruir relaciones.

Así como lo establece Belinda Hopkins, la escuela sienta las bases de las relaciones tanto desde la perspectiva filosófica y ética hacia la restauración, como para soportar las habilidades en el manejo de los conflictos y la solución a los problemas.

5. Desafíos de la justicia restaurativa en el entorno educativo

La justicia restaurativa no es algo que en nuestra realidad golpeada por la violencia sea fácil de implementar. Es así que el desafío es implementarlo desde la escuela, desde los más pequeños sembrando la semilla de la restauración. La formación de niños con valores permite el día de mañana ampliar su gama de solución de conflictos por medios pacíficos y restaurativos.

Tal como lo ha establecido Diana Britto[16], la justicia restaurativa en la escuela es de forma preventiva frente a problemas como la drogadicción

[16] Britto, *Justicia restaurativa*, *reflexiones sobre la experiencia en Colombia*, 22.

y la violencia para formar personas capaces de asumir responsabilidades, de medir las consecuencias de sus actos y sensibles ante los efectos de su comportamiento. En otros, les llevará a ser jóvenes y adultos maduros. Es una forma de humanizar la justicia y poner en primer lugar los valores y principios de la consecución de una verdadera paz con reconciliación en el interés de todas las partes.

Igualmente, la mayoría de Estados occidentales dirigen sus esfuerzos y presupuesto al delincuente y a las políticas criminales, intentan prevenir el crimen, ignorando la relación que existe entre la víctima y el victimario y de emprender la construcción de un nuevo discurso y medidas eficaces en el ámbito de una concepción de una justicia restaurativa de los DD. HH.

En conclusión, está ligado a la infracción de la norma. Es por ello que es más común la utilización de una justicia de origen retributivo. Es así que se ve la necesidad de que se desprenda una relación de proporción entre la gravedad del hecho cometido y la fuerza del castigo, que con principios de la restauración se podría lograr; estos fundamentos se han mantenido en el tiempo. Por esta razón, es importante seguir indagando si podemos articular los discursos de justicia restaurativa y los DD. HH. a la formación de las comunidades y desde el lado de la pena y el crimen al cambiar su fundamento retributivo al restaurativo tendría mayor impacto en la sociedad que beneficie al ofensor y a la víctima

La justicia restaurativa da un paso hacia una justicia real y equilibrada, pues esencialmente es demostrar interés tanto en la víctima como en el ofensor, con la vinculación conjunta de todas las partes al proceso, así como trabajar en la restauración de las víctimas y en la niñez con el apoyo y el control de sus necesidades.

Igualmente, la justicia restaurativa establece la aceptación de las responsabilidades y en el cumplimiento de estas por parte de todos los involucrados, todo para sentar las bases del diálogo directo o indirecto entre la víctima y el victimario para lograr la reconciliación.

Reconocer que existen los medios efectivos para comprometer a la comunidad en la apropiación de la solución de los problemas y sentar las bases de los valores y principios tanto en el sistema judicial como en el sistema educativo.

Dar tratamiento en términos de igualdad a todas las partes, tanto víctima, ofensor y comunidad para lograr la reintegración, la restauración

y con eso evitar la coerción y el aislamiento, justicia que sienta las bases de una trasformación desde los valores y principios de una justicia social, pues trasforman al delito y reconocen el conflicto y los problemas de víctimas, ofensor y comunidad.

Bibliografía

Britto, Diana. *Justicia restaurativa: reflexiones sobre la experiencia de Colombia*. Ecuador: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2010.

Cepeda Pérez, Ana Isabel. Prólogo Gordillo, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007.

Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1996.

Gordillo Santana, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007.

Hopkins, Belinda. The National Centre for Restorative Justice in Education. UK, 2007. http://www.transformingconflict.org/

McCold, Paul y Wachtel, Ted. "En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa". Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, Río de Janeiro, International Institute For Restorative Practices, 2003.

Morrison, Brenda. "Restaurative Justice in Schools". En *New Directions in Restorative Justice: Issues, practice, evaluation*, editado por Elizabeth Elliot y Robert Gordon. Uk: Willan Publishing, 2005.

Tamarit Sumalla, Josep María. *La justicia restaurativa, aplicaciones y desarrollo*. Granada: Editorial Comares, 2012.

Zehr, Howard. *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. United States of America: Good Books, 2007.

El uso de los principios del derecho blando (*soft law*) para la adecuación de los modelos normativos de la justicia transicional
La construcción de un proceso glocal

Julián Darío Bonilla Montenegro*

Resumen

El derecho internacional público no tiene establecido un sistema único que determine cuáles son las condiciones para la construcción de las normas jurídicas internacionales. Al haber la posibilidad de ampliar los marcos de generación de estas normas es posible identificar el manejo que se ha hecho, particularmente del reconocido como derecho blando —*soft law*—, como un referente que demuestra la existencia de un campo de dinamismo al derecho internacional. Este capítulo trabaja desde el método sintético —a través de la construcción de campos teóricos vinculados sobre los conceptos de derecho blando y justicia transicional— con el fin de lograr la identificación de la forma como se han desarrollado los principios de justicia transicional, desde un inicio a nivel local hasta su consolidación internacional mediante los denominados Principios Joinet de 1997. Se demostrará que el desarrollo de marcos normativos en el derecho internacional público son

* Docente investigador, Universidad Libre de Colombia. Abogado, Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciudadanía y Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Becario Convenio 728-2105, Colciencias.

también el efecto de un proceso de ascenso desde lo local (intraestatal) hasta lo global (interestatal), generando procesos y actividades en donde priman las prácticas de glocalidad. Lo anterior permite identificar la interrelación entre estos procesos mediante la configuración de modelos normativos propios del derecho blando. Se ofrecerá una revisión tomando en consideración aquellas coordenadas históricas más representativas dentro de la creación de la justicia transicional y su posterior uso en modelos nacionales, como ha sido el caso colombiano, particularmente desde los procesos de negociación con los grupos paramilitares (2003-2006) hasta la negociación entre el Gobierno colombiano y las FARC (2012-2016).

Palabras clave: Colombia, derecho blando, glocalidad, justicia transicional, proceso de negociación.

Abstract

The International Law hasn't stablished a unique system that determine which are the conditions for the construction of the international legal standard. Having the possibility of enlarging the generation frameworks of this standards it is possible to identify the use that has been done, specially of the soft law, as a model that demonstrate the existence of a dynamic field in the International Law. This chapter works from the synthetic method —through the construction of theoretical fields linked to the concepts of soft law and transitional justice— with the purpose of the identification of the way that has been developed the Transitional Justice principles, from an initiate in the local level until its international consolidation by the entitled as Joinet Principles of 1997. It will demonstrate that the development of regulatory frameworks inside the International Public Law are also the effect of a process of ascent from the local (intrastate) to the global (interstate), generating process and activities where prioritize the glocality practices. The former allows for identifying the interrelation between these processes by the configuration of normative models suitable of the soft law. It will provide a review take into consideration that historical coordinates more representative from the creation of the Transitional Justice and its subsequent use into national models, as the Colombian model, particularly since the negotiation processes with the paramilitary's groups (2003-2006) until the negotiation between the Colombian government and the FARC (2012-2016).

Keywords: Colombia; soft law, glocality, transitional justice, negotiation process.

Introducción

Cuando se habla dentro de los estudios sobre derecho internacional público se suele hacer referencia a la existencia de dos grupos de fuentes: las llamadas "fuentes formales", las cuales se encuentran mencionadas en el artículo 38 del reglamento de la Corte Internacional de Justicia, que corresponden a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia. De otro lado, están el grupo de las llamadas "fuentes no formales", en las cuales se encuentran los actos unilaterales y también el denominado "derecho blando"[1].

Es este último modelo normativo el que sirve de referencia para el desarrollo de este trabajo. Su formación teórica ha sido objeto de diversos criterios de interpretación, tanto exaltando sus aspectos positivos como diversas críticas en contra de su verdadera razón de ser, así como del uso que se le debe asignar[2], particularmente si se construye su relación con lo que corresponde al campo teórico de la justicia transicional (JT). Por tal motivo, se ofrecerá una organización del trabajo basado en el método sintético, que consiste en la necesidad de construir procesos investigativos que relacionan hechos aparentemente aislados para generar una unificación y de esta manera demostrar la hipótesis de trabajo[3].

---

[1] En el contexto académico se ha presentado de manera recurrente el uso del anglicismo *soft law*. A pesar de presentarse en dos idiomas diferentes, su desarrollo conceptual permite recurrir a sostener el uso de la denominación en español sin que esto afecte la intención original de su conceptualización, sus características y sus usos. En este capítulo se trabajará únicamente la expresión *soft law* si así se encuentra mencionada en la fuente.

[2] Por ejemplo, José Pardo considera que el derecho blando ha desgastado y afectado el derecho público en general a tal punto que se deriva de él una condición prácticamente de carácter parasitario que afecta la importancia real que puede tener el derecho duro (conocido bajo el anglicismo de *hard law*). José Pardo, "Prólogo", en *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Daniel Sarmiento, (Pamplona: Thomson-Civitas, 2008), 15.

[3] No se quiere considerar, de todas formas, que lo que se termina por ofrecer corresponde a una hipótesis apodíctica, dado que se considera necesario aceptar el criterio de demarcación de un falsacionismo sofisticado de acuerdo con la propuesta epistemológica de Imre Lakatos.

De acuerdo con este modelo de organización, en primer lugar, se trabajará sobre las características de las fuentes del derecho internacional. Posteriormente, se trabajará en relación con las condiciones específicas de caracterización o delimitación que se manejan alrededor del derecho blando. En tercer lugar, se presentará un abordaje sobre la JT, basado tanto en una elaboración teórica como con las coordenadas históricas más representativas. De acuerdo con esta vinculación de las coordenadas históricas, en cuarto lugar, se podrá observar la transición que ha tenido la JT desde lo local hasta lo global —lo que demuestra su cualidad glocal— para finalmente, como quinto punto de este capítulo, exponer las relaciones que ha tenido la implementación de estándares de JT en el contexto colombiano, tomando como referencia los procesos de negociación entre el Gobierno de Álvaro Uribe y los grupos paramilitares (2003-2006) y el Gobierno de Juan Manuel Santos frente a las FARC (2012-2016). Será necesario ofrecer algunas aclaraciones sobre procesos de negociación anteriores, aunque la intención se enfocará más en vincularlo con el afianzamiento de las normas de derecho blando en el campo teórico de la JT y la necesidad, cada vez más amplia, de garantizar el cumplimiento de los estándares de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Además del campo de organización basado en el método sintético, el trabajo tendrá como herramientas metodológicas la revisión de fuentes secundarias, de donde se extraen los modelos teóricos, así como una revisión de carácter comparativo respecto de la relación entre la JT y los procesos de negociación mencionados anteriormente. Como se podrá observar en la bibliografía, gran parte de la información proviene de fuentes digitales, recurriendo para su revisión a estrategias de búsqueda basadas en minería de datos.

1. La controversia respecto de las fuentes

Si se logra hacer extensiva la condición que se maneja en los campos del derecho interno frente a los propios en el derecho internacional, se puede

---

Fabricio Baron, Andre Da Silva y Aline Alvares. "Contributions of philosophy of science, in the perspective of Popper and Lakatos, for the study of innovation: an analysis of the neoclassical Schumpeterian and neo-Schumpeterian theories", *Revista Facultad de Ciencias Económicas* 34, n.º 1 (2018): 9-25. DOI: https://doi.org/10.18359/rfce.2740

observar la existencia de una suerte de connotación anfibológica respecto de su condición real y los criterios de selección e identificación[4]. Por ejemplo, desde el aporte de una perspectiva teórica basada en la doctrina generalmente aceptada —sin que esto sirva como referente, en este contexto, al análisis desde el modelo paradigmático de Kuhn—, se trabaja "dentro de la temática llamada 'fuentes del derecho' toda la problemática que gira en torno al cómo y dónde nacen las normas"[5]. Esto lleva a que se requiera marcar una diferenciación respecto de los tipos de fuentes en derecho interno, aceptando de antemano que no es viable efectuar un mecanismo de comparación en relación con los procedimientos que se requieren para su reconocimiento, lo que habilita la posibilidad de establecer marcos terminológicos diferenciados entre ambos sistemas de fuentes, así como el hecho de que pueden existir circunstancias que fortalecen la condición de fuente, independientemente de la participación de algún, o algunos, de los sujetos del derecho internacional[6].

No obstante, existen ciertas reglas que pueden considerarse de aceptación general, tal como sucede con el reconocimiento del "artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como la expresión básica de las distintas 'fuentes' del derecho internacional"[7], el cual se suele manejar como un referente para la identificación de cuáles son el grupo de modelos normativos que sirven como referencia para la conformación del sistema de fuentes en derecho internacional. De este punto se puede entender, entonces, que sobre el referido artículo 38 se debe tomar en

---

[4] Luis Sánchez, "La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y de obligaciones internacionales", *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional* 16 (2003): 200.

[5] Luis Martínez y Jesús Fernández, *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, (Madrid: Ariel, 1994), 155.

[6] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1990), 1-3.

[7] Mauricio del Toro, "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* VI (2006): 526. Sin pretensiones extensivas, es necesario recordar que se organiza una diferenciación entre las denominadas fuentes principales (tratados, costumbre y principios generales del derecho), frente a las auxiliares (doctrina, jurisprudencia). Se considera necesario referir que, en la actualidad, no es aceptable reconocer únicamente la existencia de principios generales reconocidos por las "naciones civilizadas", ya que esto demuestra la carga semántica que permitiría la construcción de diversas formas de discriminación de carácter cultural.

consideración no una estructura jerárquica de carácter kelseniano ni tampoco suponer que esto representa el enlistado completo sobre las fuentes necesarias dentro del derecho internacional, lo que le puede dar más el carácter de una regla secundaria, si se mantiene para este punto el contexto de identidad y vinculación con la obra de Hart y el reconocimiento que él le da a la existencia de una serie de normas de carácter facultativo, a las cuales "se le otorgan potestades para su aplicación"[8].

1.1. Las condiciones valorativas sobre el derecho blando

En vista de lo anterior, es necesaria la aceptación de otro grupo de modelos normativos que tengan el valor de fuentes dentro del derecho internacional. Para esto se pueden tomar en consideración, por un lado, los actos jurídicos unilaterales, tanto los que provienen de los Estados como los que se expiden al amparo de las funciones taxativas que son otorgadas mediante tratados constitutivos a las organizaciones internacionales intergubernamentales, como aquel grupo de normas que sirven para garantizar un proceso de ductilidad respecto de los acuerdos "entre los sujetos estatales y supraestatales, y de la superación de insuficiencias y limitaciones del Estado contemporáneo mediante la adopción de una inmensa variedad de manifestaciones normativas"[9]. Esta condición permite suponer que para poder aceptar el reconocimiento del grupo de normas que se agrupa dentro del entramado correspondiente al derecho blando, es necesario aceptar que, a pesar de su reconocimiento como fuente del derecho internacional, "son adoptados de manera voluntaria, y su contenido no es formalmente obligatorio"[10], situación que, en principio, es opuesta al reconocimiento de obligatoriedad que se aplica dentro de los contenidos de uso correspondientes a las fuentes que se derivan del artículo 38 y que

---

[8] Julián Bonilla, "Los paradigmas de la teoría jurídica: transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es el derecho", *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales* 3 (2010): 105.

[9] Diego Zambrano, "La incidencia del llamado *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional", *Interpretación constitucional aplicada. Tribunales constitucionales y jurisprudencia. Casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México* 2 (2016): 124.

[10] Natalia Ángel, "La discusión en torno a las soluciones de *soft law* en materia de responsabilidad social empresarial", *Revista de Derecho Privado* 40 (2008): 6.

deberían considerarse como de obligatorio cumplimiento por parte de los sujetos del derecho internacional.

En consecuencia, es preciso identificar los sintagmas particulares que corresponden a estos modelos de fuentes, dentro de los cuales se incluyen los actos unilaterales provenientes de los sujetos del derecho internacional, como el —ahora sí— derecho blando. Este se desprende esencialmente del desarrollo doctrinal respecto a la teoría de las fuentes, tanto para el derecho en general como para el derecho internacional en particular, que permite el reconocimiento de diversos campos de pluralidad jurídica en sus campos de uso y aceptación, ya que al manejar este concepto se suele "indicar una serie de actos no homogéneos en cuanto a su origen y naturaleza que, aunque aparentemente sin efectos jurídicos vinculantes, resultan ellos mismos jurídicamente relevantes en distintas maneras"[11].

Si se pretende profundizar aún más en la comprensión sobre el uso y el desarrollo del derecho blando en el contexto del derecho internacional, es importante tener presente que este "refleja enteramente esta perspectiva plural que caracteriza cada vez más a los sistemas jurídicos. Está típicamente constituido por textos de distinto origen que registran una variedad de léxicos particulares, con lenguajes específicos y formas expresivas propias"[12].

2. Justicia transicional. Aproximación teórica y contextos históricos

Ahora bien, dejando de lado el referente teórico sobre las fuentes del derecho internacional y el derecho blando, es necesario comenzar a presentar lo que corresponde a la JT. Como todo concepto, especialmente en el campo de las ciencias sociales, la JT presenta una carga polisémica que ha permitido generar diversos campos interpretativos sobre su uso y funcionalidad. Sin embargo, para poder articular una aproximación teórica apropiada, que esté acorde con las intenciones del presente trabajo, se tomará como referencia la sugerencia conceptual dada por el Centro

---

[11] Baldassare Pastore, "Soft law y la teoría de las fuentes del derecho", *Soft Power* 1 n.º 1 (2014): 76. http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2014/10/articolo-5-Soft-law-y-la-teor%C3%ACa-de-las-fuentes-derecho.pdf

[12] Pastore, "soft law y la teoría", 85.

Internacional para la Justicia Transicional (en inglés, ICTJ), que define la JT como "una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos. Busca el reconocimiento de las víctimas y promover posibilidades de paz, reconciliación y democracia [...] no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades en proceso de transformación después de un periodo agudo de abusos de los derechos humanos"[13].

Para poder lograr la generación de un procedimiento real de rehabilitación posbélica basado en este tipo de pretensiones, es necesario la identificación de ciertas características específicas sobre las cuales sea viable tanto el diseño como la implementación de los mecanismos de JT. Para este propósito se pueden considerar perspectivas transicionales de carácter holístico "que pasan por la reparación de víctimas y llegan hasta el reconocimiento de los ya aceptados principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos"[14].

2.1. Desarrollo histórico de la JT

Al tomar en consideración el referente descriptivo de las coordenadas históricas más representativas y que sirven para la determinación particular sobre el desarrollo histórico que ha tenido la JT mediante el reconocimiento de determinadas trayectorias que permiten identificar, como se hará posteriormente, las transiciones de procesos locales a procesos globales, configurándose de esta manera la naturaleza glocal de la JT, reflejada particularmente por medio de los modelos de derecho blando que han servido para su difusión en el sistema internacional.

Con la intención de esquematizar el proceso de desarrollo histórico, vale la pena tomar como referencia la tabla 1.

---

[13] Citado por Tricia Olsen, Leigh Payne y Andrew Reiter, *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*, (Washington: United States Institute of Peace, 2010), 11. Versión libre en la traducción.

[14] Emerson Cepeda, "Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional", *Revista de Derecho Público* 36 (2016): 9. http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.02

Tabla 1. Coordenadas históricas de los modelos de JT

Década / año	Coordenada histórica
1970	Procesos amnésicos generales: "perdón y olvido".
1980	Inicio de prácticas de construcción de memoria posdictaduras del Cono Sur: "Comisión Sábato".
1985	Inicio de los juicios de las juntas militares en Argentina.
1990	Diseño de mecanismos retributivos y restaurativos a consecuencia de procesos de violaciones masivas y sistemáticas contra los derechos humanos. Sudáfrica; ex-Yugoslavia; Ruanda.
1992	Primer acercamiento a la definición de Justicia Transicional (Ruti Teitel).
1997	Expedición de los denominados "Principios Joinet", vigencia de tribunales *ad hoc*.
1998	Firma del Estatuto de Roma.
2000	Los modelos de transición nacionales incluyen cada vez más requisitos mínimos de JT.
2003-2006	Proceso de negociación con los grupos paramilitares. Necesidad de implementación de estándares de justicia transicional. Aprobación de Ley de Justicia y Paz.
2010	Cambio de Gobierno en Colombia. CPI con jurisdicción plena dentro del territorio colombiano.
2012-2016	Proceso de negociación Gobierno - FARC. Creación de mecanismos amplios de JT a través del Acuerdo Final.

Fuentes: Ana Polack y Julián Bonilla, "Las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC: consideraciones constitutivas de reforma constitucional de carácter transicional", en *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, editado por Liliana Estupiñán, (Bogotá: Universidad Libre, 2018), 127-128; Farid Benavides, "La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de Justicia Transicional en Colombia", (Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2016), 55. http://hdl.handle.net/10803/3843192016

La tabla se puede entender de la siguiente forma: durante la década de 1970 no se podía hablar todavía de la existencia de unos estándares sobre los cuales se pudieran gestionar las acciones vinculadas a los escenarios de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos (DH); el procedimiento acostumbrado en este momento consistía en generar procesos de negociación que permitieran la entrega de armas y garantizar que los miembros de la organización insurgente, o los representantes de movimientos dictatoriales, mantuvieran la posibilidad de participar en política sin tener en cuenta ninguna condición propia sobre verdad, justicia o reparación. Al amparo de este modelo, no existía la posibilidad real de garantizar medidas o restaurativas o retributivas frente a los victimarios. En relación con todo el sistema internacional, vale la pena recordar las

transiciones ocurridas en Europa, especialmente lo que se presentó en España, Portugal y Grecia, lo cual permitió el quiebre de sistemas fuertemente dictatoriales y dar inicio a la necesidad de generar prácticas de transición a la vía democrática. No obstante, a pesar de buscar acercarse a medidas de reparación o de construcción de la memoria, estos procesos se caracterizaron por instaurar procesos de amnesia generalizados frente a los acontecimientos de las dictaduras[15].

Estos sucesos presentaron un cambio sustancial para la mediados de la década de 1980. Ya en esta época, de acuerdo con Samuel Moyn, existía un mayor activismo respecto a la necesidad de defensa de los DH[16]; específicamente en el contexto latinoamericano comenzaba a entrar en funcionamiento el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), así como un acontecimiento esencial que debe reconocerse por su extensión desde lo local hasta lo global: el fin de la dictadura militar en Argentina (1976-1983) y el inicio de un proceso de transición que trajo consigo la instauración de una comisión para indagar sobre los acontecimientos que quebrantaron las incipientes recepciones sobre exigibilidad en los DH. Esto también puede verse desde dentro del mismo espacio temporal de la dictadura, si se reconoce —con todas las críticas que pueden recibir esta clase de reconocimientos— la obtención por parte del activista por los DH y contra las dictaduras cívico-militares, Adolfo Pérez Esquivel, del Premio Nobel de Paz en 1980.

La Comisión mencionada en el párrafo anterior corresponde a la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), conocida también como la "Comisión Sábato", por haber sido presidida por el escritor argentino Ernesto Sábato. Desde el momento de su expedición, el 20 de septiembre de 1984, comenzó un reconocimiento progresivo

---

[15] Nicos Poulantzas, *La crisis de las dictaduras. Portugal, Grecia, España*, (México D. F.: Siglo XXI Editores, 1976), 7-10. Al momento de publicación de la primera edición de este libro en francés, en 1975, había finalizado el proceso de transición política en Portugal y Grecia y se mantenía, todavía, la inquietud sobre qué sucedería en España. En regiones periféricas del sistema internacional como América Latina o África, seguían presenciándose dictaduras militares o regímenes con un fuerte corte autoritario, así como enfrentamientos con organizaciones insurgentes.

[16] Samuel Moyn, *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015), 165-169.

sobre la urgencia de reconocer las acciones violatorias de los DH durante la Dictadura[17], lo que incluía la necesidad de dar apertura a procesos penales contra los responsables por las violaciones sistemáticas de DH que se presentaron durante los años de régimen militar, así como generar medidas encaminadas a mantener la memoria viva sobre estos acontecimientos[18]. Adicional a lo anterior, es muy importante correlacionar el proceso de generación de una memoria sobre los acontecimientos generados durante la dictadura con la conformación de un sistema de enjuiciamiento contra los altos mandos militares que coordinaron, o dirigieron, las acciones contra la población civil. A pesar de los avances, o la necesidad de generar los procesos penales —los cuales deberían ser considerados convencionales, o mejor, más enfocados en acciones retributivas que restaurativas—, posteriormente se presentaron modelos normativos, como la

> Ley de Punto Final —que estableció un límite temporal para juzgar a los represores (1986)—, la Ley de Obediencia Debida —que eximió de la responsabilidad por los crímenes cometidos a la mayoría de los militares acusados […]— (1987), los decretos masivos de indulto que permitieron la libertad […] de los excomandantes militares condenados y de los miembros de las cúpulas guerrilleras (1989-1990)[19].

Ya dando inicio a la década de 1990, comienza la desintegración de la gran mayoría de los sistemas comunistas, así como el inicio del fin de la

---

[17] Entiéndase que el uso de mayúscula inicial corresponde por el hecho de ser un sustantivo y no por alguna forma de reivindicación o reconocimiento.

[18] A modo de anécdota, es importante tener presente que en el contexto del Informe Sábato sí se tuvo una participación y presencia activa de amplias capas de la sociedad argentina contra los acontecimientos cometidos durante la Dictadura, situación que, infortunadamente, no se nota con el mismo ímpetu en el contexto colombiano, ni después de las negociaciones con los paramilitares ni tampoco con las más recientes con las FARC. El trabajo del Centro Nacional de Memoria Histórica ha servido, a la fecha, como referente académico a nivel nacional e internacional, pero no ha logrado una inserción plena dentro de la sociedad colombiana.

[19] Ana Gugilielmucci, "La objetivación de las memorias públicas sobre la última dictadura militar Argentina (1976-1983): el 24 de marzo en el ex centro clandestino de detención ESMA", *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología* 4 (2007): 246. http://www.scielo.org.co/pdf/antpo/n4/n4a13.pdf

Guerra Fría. Luego del fin de la URSS comienza una etapa de incertidumbre en la región de los Balcanes, lo que lleva a los acontecimientos de la conocida como Guerra de la ex-Yugoslavia; en Sudáfrica se intensifican las acciones contra el régimen del *apartheid* y en 1994 se presencia el genocidio en Ruanda de los hutus contra los tutsis. Este grupo de acontecimientos dieron lugar a que, por primera vez, la voz sobre la necesidad de construir modelos de carácter transicional tuviera una repercusión de carácter global, en primer lugar, cuando se establece la conceptualización de JT por parte de la académica argentina establecida en los Estados Unidos de América, Ruti Teitel, y, en segundo lugar, cuando se menciona por primera vez el concepto de JT en un informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a consecuencia de la valoración de las transiciones ocurridas en estos tres Estados[20].

De la información que antecede este párrafo es posible reconocer que una característica sustancial respecto al proceso de conformación de la JT corresponde al hecho que "los países receptores de la periferia o la semiperiferia no son apéndices pasivos, sino receptores activos que transforman el significado inicial de la disposición normativa, institución o teoría transferida"[21], generando de esta manera diversos mecanismos que posteriormente sirven para su expansión hacia toda la estructura del sistema internacional, incluyendo los países propios de la periferia.

Entonces, finalizando la primera mitad de la década de 1990 e iniciando la segunda, es posible considerar que ya comienza a darse la recepción de un campo teórico propio que buscara acercarse a las condiciones necesarias para poder identificar los requisitos que debería tener cualquier proceso de transición. Para ese momento, lo que se había obtenido eran documentos de derecho interno, específicamente bajo la forma de derecho blando y que después se hayan configurado como parte real del ordenamiento jurídico de los Estados por medio de diversos mecanismos de creación normativa, y los requerimientos que se presentaron para garantizar acciones de tipo retributivo dentro de las circunstancias

---

[20] Para una genealogía más precisa sobre la JT: Ruti Teitel, "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69-78.

[21] Jorge González, "Presentación", en *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, editado por Samuel Moyn, (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015), 9.

especiales de los casos de la ex-Yugoslavia y Ruanda. Para este entonces, se pueden tener modelos de organización normativa, disposiciones particulares de organizaciones internacionales intergubernamentales o Estados, pero todavía era necesario, lo que puede denominarse, la necesidad de recopilar todas las experiencias de modelos transicionales para servir de modelo de acción en los que se comenzaran a gestionar posteriormente. Este trabajo le correspondió al académico francés Louis Joinet, a quien se le requirió en el año de 1991 por parte de la ONU con el fin de redactar un informe que incluyera las condiciones necesarias para evitar situaciones de impunidad por violaciones de los DH. Él presentó este documento en el año de 1997[22]. De este estudio se derivan el modelo general de las fases históricas mencionadas hasta este momento, así como, siendo lo más importante, cuáles deben ser las condiciones generales que deben existir en todo proceso de transición respecto de los derechos que pueden exigir las víctimas de graves atrocidades en materia de DH a conocer la verdad, obtener marcos mínimos de justicia y obtener la reparación debida. Este primer grupo son medidas de transformación, porque hace falta incluir las de carácter preventivo, que consisten en garantizar la no repetición de las violaciones sobre los DH.

Estos principios —que no podrían considerarse inmediatamente principios generales de derecho sino más bien derecho blando, dada su condición de informe— sirvieron de criterio esencial para la conformación de todos los mecanismos subsiguientes sobre JT, así como un margen de equiparación con lo que, por un lado, se presentaba en los ya vigentes tribunales *ad hoc* para Ruanda y para la ex-Yugoslavia, y, por otro lado, para la conformación del modelo general de derecho penal internacional, que culminó con la expedición del Estatuto de Roma, el 17 de julio de 1998.

De todo lo expuesto se puede percibir que ahora los Estados pasaron a tener una serie de exigencias mínimas cuando se presentaran los

[22] Organizaciones de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la subcomisión. https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

procesos de negociación o de cambio de régimen político. A diferencia de lo vivido en las décadas anteriores, ya no se puede simplemente construir una negociación que permita o el cambio de gobierno o el ingreso de los miembros de los grupos armados a la vida civil, sino que ahora se requiere la imposición de estándares mínimos para garantizar una transición adecuada y, al mismo tiempo, prevenir la posible puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI), que comenzó a funcionar desde la entrada en vigor el Estatuto de Roma, el primero de julio de 2002.

3. El traslado de la condición local a global y la condición de glocalidad

Del apartado número tres es posible reconocer la construcción de las coordenadas históricas más representativas respecto de la JT. Es importante tener presente que la consolidación de la JT y el desarrollo de marcos normativos de derecho blando no finalizaron a partir del 2002; una característica esencial que han tenido los procesos de negociación ha sido la construcción de modelos propios de JT los cuales, en mayor o menor medida, se acercan a los criterios de los Principios Joinet y previendo que se logre la aceptación dentro del sistema internacional para prescindir de la posible participación de órganos de carácter internacional, particularmente la CPI.

De esta sección es importante la relación que se ha generado para lograr la condición de glocalidad de los principios de derecho blando de la justicia transicional. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo glocal corresponde a la constitución de un orden que se conceptualizó desde la "década de los 80, cuando la globalización se afianza […] la paternidad —del concepto— le corresponde a Roland Robertson, cuando trata los problemas políticos de la globalización"[23].

Esta carga de paternidad se vincula con los nuevos mecanismos de interacción y comunicación que se han comenzado a gestar en las interacciones del sistema internacional. Es particular reconocer que lo glocal corresponde —y así se entenderá para su articulación con la propuesta de este trabajo— a "las redes sociales que son tejidas desde los ámbitos nacionales para realizar ejercicios de resistencia y desplegar acciones

[23] Miguel Herrera, "Paz, orden glocal y pensamiento de ruptura", *Utopía y Praxis Latinoamericana* 19, n.º 56 (2014): 117. http://www.redalyc.org/pdf/279/27937088010.pdf

desde la sociedad civil […] se apoya en el imaginario de los DD. HH. (*sic*) y fortalece los poderes locales-civiles"[24], a través de la conformación de "una sociedad global alternativa"[25] que garantice la intersección de las prácticas locales frente a los espacios globales y posteriormente que estos retornen a lo local, generalmente reforzadas o con mejores condiciones de interacción y conformación.

El proceso de generación del orden glocal de la JT se puede entender también como la influencia de los movimientos sociales y la presión que generaron en diversos momentos históricos para exigir que se establecieran las condiciones para modelos mínimos de verdad, justicia y reparación[26]. Estos procesos surgieron como una oposición a la práctica oficial de garantizar modelos amplios de amnistías e indultos que beneficiaban holgadamente a los victimarios, desconociendo la situación particular de las víctimas. El mecanismo local tuvo su primer impulso con lo ocurrido en Argentina, tanto durante la dictadura como cuando se comenzaron las actividades de la Conadep —y, claro la publicación del informe y su lectura extensa en el territorio argentino—. Esto ayudó a que se ampliaran los márgenes de acción dentro de otros Estados, lo que lo mantenía todavía como un proceso local, hasta la crisis del sistema internacional debido al fin de la Guerra Fría y los acontecimientos citados en el apartado número tres. Ahora, se tenía que reconocer que los procesos de transición no podían ser un "borrón y cuenta nueva", sino que debían generarse condiciones mínimas a favor de las víctimas.

Luego, la ONU tomó esto en consideración, tanto para sus informes de 1995 —que, por cierto, ya estaban configurándose como marcos normativos de derecho blando—, hasta la presentación del informe de Louis

---

[24] Ibíd.

[25] Paolo Virno, *Cuando el verbo se hace carne: lenguaje y naturaleza humana*, (Madrid: Traficantes de Sueños, 2005), 49.

[26] Esto también genera una relación cercana a la necesidad de reconocer un "derecho internacional desde abajo", como consecuencia del activismo de los movimientos sociales y debido a que se requieren nuevas respuestas en clave de resistencia dentro de todo el entramado del sistema internacional que logren romper con la condición esencialmente estatocéntrica que ha caracterizado el derecho internacional mismo. Balakrihnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, (Bogotá: ILSA, 2005).

Joinet en 1997. Esto, junto con el Estatuto de Roma, le dieron a la JT una condición global, que permitió lo que también puede denominarse una "cascada de la justicia"[27] que llevó a que los modelos sobre JT tuvieran repercusiones generales dentro de los ordenamientos jurídicos de todos los Estados. Además de esta descripción es necesario incluir que se mantiene la relación glocal gracias a que existe un intercambio permanente de control y supervisión de los modelos transicionales internos, tomando como referencia la interacción que estos generan con los modelos internacionales.

4. Los estándares de JT en el contexto colombiano

De todo lo anterior se puede derivar que el caso colombiano no ha estado alejado de las transformaciones que se han vivido sobre la construcción de la JT y la necesidad de cumplir con ciertos estándares derivados de las negociaciones que se han presentado en los últimos años. Como se mencionaba en la introducción, este apartado tomará como referencia lo acontecido en las negociaciones con los grupos paramilitares y con la guerrilla de las FARC. No obstante, es importante mencionar algunos puntos particulares de otros procesos de negociación. Es lo que se presentará a continuación.

Si se busca la relación de las coordenadas históricas mencionadas en la tabla 1 con lo que acontecía en Colombia, en primer lugar, es necesario recordar el intento de negociación con las FARC por medio de los acuerdos de La Uribe, departamento del Meta, de 1984, los cuales eran muy generosos con las amnistías e indultos, sin que se tomara en consideración el rol de las víctimas en este proceso.

Luego, a finales de la década de 1980 y comienzos de 1990, cuando se gestionaba la negociación entre el Gobierno colombiano y la organización

---

[27] Se toma como versión libre en la traducción la expresión *Justice cascade* propuesta por: Ellen Lutz y Kathryn Sikkink, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 2, n.º 1 (2001): 3. http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss1/3.

Este concepto se relaciona con la necesidad de generar redes internacionales de protección de los DH que sirvan como mecanismos para garantizar las actividades encaminadas a evitar situaciones de impunidad y afectación contra las víctimas, generando procesos que inician desde el campo local, siendo posible su culminación en el escenario global, especialmente si para estos fines trabajan mancomunadamente redes trasnacionales de personas que busquen la satisfacción de cumplimiento de determinados estándares en DH.

Movimiento 19 de abril (M-19), se llevó a cabo una negociación muy amplia en términos de amnistías e indultos, en donde simplemente se garantizó la entrega de armamento, la posibilidad de condiciones mínimas de reinserción y la posibilidad de que miembros de esta organización guerrillera pudieran participar en política. Inclusive, en 1992, siendo en este entonces senador Álvaro Uribe Vélez, se propuso que se aprobara una amnistía total para todos los integrantes del M-19, lo que permitió que no se tuviera en cuenta ninguna clase de acción en relación con la verdad, la justicia o la reparación[28].

Mientras que en el sistema internacional se presenciaban los cambios sobre las condiciones de transición, por lo que se presentaba en diversas regiones del mundo, en Colombia no se pensaba en una posibilidad real de retomar las opciones de una negociación concreta y organizada con las organizaciones guerrilleras. Finalizaba la Guerra Fría, existía una suerte de desasosiego por los cambios repentinos en todo el sistema internacional y Colombia observaba cómo se cerraba la opción de una negociación con las FARC luego de la operación Casa Verde de diciembre de 1990. Al mismo tiempo, y dicho de manera atrevida, mientras se atacaba a las guerrillas, se permitía la conformación y fortalecimiento de las organizaciones paramilitares, que habían comenzado desde mediados de la década de 1980, como parte de las estructuras armadas de las organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes y el apoyo de grandes latifundistas de diferentes regiones del país[29].

Lo anterior llevó a que no se pensara en una posibilidad real de negociación sino hasta 1998[30], momento en el cual, como parte de una

---

[28] Cierto es, como menciona Jorge Giraldo, que esta organización guerrillera formaba parte de una generación diferente a otras que, para ese entonces, estaban en funcionamiento en el territorio colombiano, razón por lo cual manejaban otras lógicas de acción que podían suponer que el número de víctimas y de mecanismos de reparación eran mucho más bajos que lo que podía necesitarse en el contexto con las guerrillas de primera generación (FARC, ELN, especialmente) o los grupos paramilitares. Jorge Giraldo, *Las ideas en la guerra: justificación y crítica de la Colombia contemporánea*, (Bogotá: Debate, 2015), 43-58.

[29] Eduardo Pizarro, *Cambiar el futuro: historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*, (Bogotá: Debate, 2017), 179-235.

[30] Hubo algunos acercamientos con el Ejército Popular de Liberación (EPL) durante los años de 1995 a 1997, pero estos no tuvieron ningún avance que pudiera considerarse tangible en relación con una verdadera negociación.

estrategia claramente electoral, las FARC aceptan dar inicio a una negociación con Andrés Pastrana Arango, si él llegase a ser presidente de Colombia. Efectivamente, esto catapultó su victoria y se dio inicio a lo que se conoce como los "diálogos del Caguán", los cuales no contaban realmente con ningún modelo particular de JT debido, en parte, a que ni siquiera se había logrado organizar una agenda de negociación que estableciera sobre qué se podía negociar. Del Caguán quedó como recuerdo la conocida como "Zona de Distensión" y el empuje que le dio Colombia a firmar y ratificar rápidamente el Estatuto de Roma para así poderse mostrar como un Estado interesado en la protección de los DD. HH.[31].

Del Caguán no surgió nada relacionado con el cumplimiento de estándares de JT, pero sí se logró demostrar que los modelos de protección internacionales podrían tener cabida dentro del territorio. Este punto puede considerarse como una amenaza a las organizaciones insurgentes —y, en menor medida, a las paramilitares—, ya que se podía pensar que, si no se lograba la negociación, se podría permitir que la CPI actuara en Colombia.

Los errores de organización del Caguán, junto con la expansión mediática de lo que llegó a conocerse como 'terrorismo', permitieron que el discurso de acción militar prevaleciera y así se lograra el triunfo de Álvaro Uribe Vélez, quien, sin embargo, aprovechó su cargo y su alta popularidad para también iniciar una serie de negociaciones con los grupos paramilitares, los cuales para ese entonces estaban concentrados dentro de la organización conocida como Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), habiendo recibido el apoyo mediático tanto a nivel regional como nacional para la legitimación de su accionar, y logrando así que se redujera la sanción social contra los miembros de estas organizaciones en relación con lo que se presentaba contra sus víctimas[32].

En el transcurso de estas negociaciones ya estaba presente todo un modelo normativo sobre la JT, empezando por el reconocimiento que sobre esta ya comenzaba a expresarse en distintos espacios académicos y

---

[31] Pizarro, *Cambiar el futuro: historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*, 273-323.

[32] Edwin Cruz, "Discurso y legitimación del paramilitarismo en Colombia: tras las huellas del proyecto hegemónico", *Ciencia Política* 4, n.º 8 (2009): 85. https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/16208/17085

sociales. Esta situación, sumada al hecho de que se mantenía una constante supervisión desde órganos de derecho internacional, como la Comisión Europea o la ONU, llevaron a construir las propuestas de modelos transicionales con el fin de garantizar una legitimación en los avances de este proceso. Sin embargo, la idea general era más bien dar un cumplimiento simbólico a los estándares internacionales de JT, por medio de fórmulas normativas de derecho interno que pudieran cumplir con el mínimo de estos estándares. Por ejemplo, lo primero que se presentó fue la denominada Ley de Alternatividad Penal, que incluía la posibilidad de que se modificara la tipificación del delito de sedición, lo que abría la puerta para considerar que los miembros de las organizaciones paramilitares eran delincuentes políticos, lo que podría fortalecer su legitimación en el contexto colombiano[33].

Finalmente, luego de diversas discusiones en el Congreso, y ya con una participación más activa de parte de la sociedad civil, se expidió la denominada Ley de Justicia y Paz (Ley 975), que se basaba en el reconocimiento de los criterios esenciales derivados de los principios de derecho blando sobre JT, ahora estos consolidados tanto en marcos normativos nacionales como internacionales, pero puestos en marcha para pretender cumplir con los criterios sobre los mecanismos transicionales sin tener inconvenientes ante otros sujetos del derecho internacional.

Finalizando este apartado, entre el año 2008 y 2010 se presentan dos acontecimientos relevantes: en primer lugar, ya tiene plena vigencia para Colombia el Estatuto de Roma de la CPI —se había ratificado tomando en cuenta una salvedad sobre la no investigación de crímenes de guerra, pero incluyendo todavía los delitos de lesa humanidad y de genocidio, por un periodo de siete años—, lo que permitía que cualquier acción que estuviera por fuera de los criterios jurídicos esenciales sobre JT podrían ser objeto de investigación por parte de este órgano de derecho internacional. En segundo lugar, se presenta un cambio de gobierno que, por un lado, mantiene el modelo normativo de justicia y paz para el juzgamiento a los miembros de los grupos paramilitares, pero, y esto es más importante aún, da inicio en octubre de 2012 a un proceso de negociación con la guerrilla de las FARC, el cual ya contaba con una agenda establecida —a diferencia

[33] Ibíd.

del Caguán y, en cierta medida, de La Uribe—, y dentro de esta agenda estaba contemplada la necesidad de construir un mecanismo amplio de justicia transicional, el cual se presentó a finales del año 2015. Este sistema, conocido de manera general como el "punto cinco del Acuerdo", ha sido considerado como uno de los modelos más innovadores sobre JT en todo el mundo, ya que incluye campos de acción y de organización en todas las facetas posibles de JT, siendo además reconocido para garantizar el cumplimiento de los estándares por parte de la CPI[34], incluso demostrando que se ofrece un nuevo mensaje de transición desde lo local hasta lo global —pero sin olvidar que, por la condición de glocal, retoma lo que ya se ha establecido desde lo global—, en cuanto que "en los acuerdos de paz en Colombia se está enviando un mensaje global, en torno a la posibilidad de encontrar caminos de convivencia pacífica mediante negociaciones de paz, en un mundo terriblemente convulsionado"[35].

Conclusiones

Se ha ofrecido una caracterización teórica sobre las fuentes del derecho en general y del derecho internacional en particular. Posteriormente, se mencionó la condición especial que tiene el derecho blando al no formar parte del modelo habitual de fuentes del derecho internacional que está recogido en el artículo 38 del reglamento de la CIJ.

Posteriormente se trabajó sobre qué significa la JT y se ofrecieron coordenadas históricas que han demostrado su transformación y avance, tanto en lo que debe entender por JT como en su transformación hacia un proceso de tipo glocal, debido a la interacción de lo local con lo global.

Luego, el trabajo se basó en el caso colombiano, mostrando, nuevamente con coordenadas históricas, cómo ha sido la relación de la JT en el contexto colombiano: desde una etapa donde prevalecían los perdones amnésicos hasta la situación actual en donde se han generado modelos transicionales que sirven de referente en todo el sistema internacional.

Todo lo anterior permite demostrar que existe un verdadero dinamismo en relación con la forma como se conforman las normas en el derecho

---

[34] Pizarro, *Cambiar el futuro: historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016)*, 402.

[35] Ibíd.

internacional y la manera como es más importante la vinculación entre los modelos de derecho interno con los de derecho internacional. En el caso de la JT es importante tener en cuenta, más allá de su diseño como modelo normativo, pasando del derecho blando a modelos generales con un mayor rigor y organización que vinculan a los sujetos y actores del derecho internacional, la necesidad de seguir fomentando mecanismos de rehabilitación posbélica que sirvan para garantizar su cumplimiento y evitar así que estos terminen simplemente con una eficacia simbólica[36], que excluye los efectos materiales que se encuentran distribuidos, tanto implícita como explícitamente, en los acuerdos fruto de procesos de negociación.

Bibliografía

Ángel, Natalia. "La discusión en torno a las soluciones de *soft law* en materia de responsabilidad social empresarial". *Revista de Derecho Privado* 40 (2008): 3-37. https://www.redalyc.org/html/3600/360033195002/

Benavides, Farid. "La verdad, las confesiones judiciales y la memoria del conflicto en el proceso de Justicia Transicional en Colombia". Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra, 2016. http://hdl.handle.net/10803/3843192016

Baron, Fabricio, Da Silva, Andre y Alvares, Aline. "Contributions of philosophy of science, in the perspective of Popper and Lakatos, for the study of innovation: an analysis of the neoclassical Schumpeterian and neo-Schumpeterian theories". *Revista Facultad de Ciencias Económicas* 34, n.º 1 (2018): 9-25. https://doi.org/10.18359/rfce.2740

Bonilla, Julián. "Los paradigmas de la teoría jurídica: transformaciones acerca de la interpretación sobre qué es el derecho". *Misión Jurídica* 6 (2010): 101-115. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167561.pdf

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

Cepeda, Emerson. "Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional". *Revista de Derecho Público* 36 (2016): 1-26. http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.02

[36] Tomando aquí la propuesta de Mauricio García, *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*, (Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993), 18.

Cruz, Edwin. "Discurso y legitimación del paramilitarismo en Colombia: tras las huellas del proyecto hegemónico". *Ciencia Política* 4, n.º 8 (2009): 82-114. https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/16208/17085

Del Toro, Mauricio. "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* VI (2006): 513-549. https://www.redalyc.org/pdf/4027/402740621012.pdf

García, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

Giraldo, Jorge. *Las ideas en la guerra: justificación y crítica en la Colombia contemporánea*. Bogotá: Debate, 2015.

González, Jorge. "Presentación". En *La última utopía. Los derechos humanos en la historia*, 7-10, editado por Samuel Moyn. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

Guglielmucci, Ana. "La objetivación de las memorias públicas sobre la última dictadura militar argentina (1976-1983): el 24 de marzo en el ex centro clandestino de detención ESMA". *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología* 4 (2007): 243-265. http://www.scielo.org.co/pdf/antpo/n4/n4a13.pdf

Herrera, Miguel. "Paz, orden glocal y pensamiento de ruptura". *Utopía y Praxis Latinoamericana* 19, n.º 56 (2014): 115-127. http://www.redalyc.org/pdf/279/27937088010.pdf

Lutz, Ellen y Sikkink, Kathryn. "The justice cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 2, n.º 1 (2001): 1-33. http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss1/3

Martínez, Luis, Fernández, Jesús. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Madrid: Ariel, 1994.

Olsen, Tricia, Payne, Leigh y Reiter, Andrew. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington: United States Institute of Peace, 2010.

Organizaciones de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L.

Joinet, de conformidad con la Resolución 1996/119 de la subcomisión. Recuperado de https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

Pardo, Jorge. "Prólogo". En. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, 9-20. Daniel Sarmiento. Pamplona: Thomson-Civitas, 2008.

Pastore, Baldassare. "*Soft law* y la teoría de las fuentes del derecho". *Soft Power* 1 n.º 1 (2014): 75-89. http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2014/10/articolo-5-Soft-law-y-la-teor%C3%ACa-de-las-fuentes-derecho.pdf

Pizarro, Eduardo. *Cambiar el futuro: historia de los procesos de paz en Colombia (1981-2016).* Bogotá: Debate, 2017.

Polack, Ana y Bonilla, Julián. "Las negociaciones entre el Gobierno colombiano y las FARC: consideraciones constitutivas de reforma constitucional de carácter transicional". En *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, editado por Liliana Estupiñán, 117-144. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2018.

Poulantzas, Nicos. *La crisis de las dictaduras. Portugal, Grecia, España*. México D.F.: Siglo XXI Editores, 1976.

Rajagopal, Balakrishnan. *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. Bogotá: ILSA, 2005.

Sánchez, Luis. "La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y de obligaciones internacionales". *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional* 16 (2003): 191-234.

Teitel, Ruti. "Transitional Justice genealogy". *Harvard Human Rights Journal* 16: 69-94.

Virno, Paolo. *Cuando el verbo se hace carne: lenguaje y naturaleza humana*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005.

Zambrano, Diego. "La incidencia del llamado *soft law* o derecho blando en la interpretación del juez constitucional". *Interpretación constitucional aplicada. Tribunales constitucionales y jurisprudencia. Casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México.* n.º 2 (2016). 117-162. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/08_ZAMBRANO_Tribunales%20Constitucionales%20y%20jurisprudencia_ICA02.pdf

Parte 3
Debates sobre fondo y procedimiento en tribunales internacionales

Pregunta de investigación

La sección tercera y final de la obra aborda el cada vez más completo mundo de los desarrollos de materias de fondo y procedimiento ante tribunales internacionales. La premisa fundamental que sustenta las preguntas de investigación elegidas por los investigadores de esta sección es la relación indisoluble entre el procedimiento ante los tribunales internacionales, con sus desarrollos jurisprudenciales. Los investigadores de esta sección identifican desarrollos del derecho internacional en la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales y su relación tanto con las reglas primarias propias de cada tribunal como con sus procedimientos y normas secundarias.

La Corte Penal Internacional y la activación de su competencia sobre el crimen de agresión

Juan José Quintana*

Resumen

El presente capítulo describe y analiza el proceso dentro de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma para la adopción de la decisión por consenso, de activar la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión y su relación práctica con las Enmiendas de Kampala. El capítulo analiza las condiciones bajo las cuales operaría tal competencia una vez se le sometiera a la Corte una situación al respecto.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, crimen de agresión, competencia, derecho internacional penal.

Abstract

This chapter describes and analyzes the process within the Assembly of States Parties to the Rome Statute for the adoption of the decision by consensus, to

* Director de la Academia Diplomática de la Cancillería (Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia). Ha sido embajador en Ginebra y en La Haya, donde se desempeñó como coagente ante la Corte Internacional de Justicia y representante ante la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

activate the jurisdiction of the International Criminal Court on the crime of aggression and its practical relationship with the Amendments of Kampala. The chapter analyzes the conditions under which such jurisdiction would operate once a situation in this regard is submitted to the Court.

Keywords: International Criminal Court, crime of aggression, jurisdiction, international criminal law.

Introducción

El 14 de diciembre de 2017 la Asamblea de Estados Partes (AEP) del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) adoptó una decisión mediante la cual se activó finalmente la competencia de ese tribunal sobre el crimen de agresión[1].

Esta importante decisión fue adoptada por consenso, lo cual representa en sí mismo un logro extraordinario, en la medida en que las discusiones que condujeron a ella revelaron una profunda discrepancia entre los Estados partes con respecto a la forma como la competencia de la Corte sobre ese crimen entraría a aplicarse en la práctica, en particular respecto de aquellos Estados partes en el ER que aún no se han hecho partes en las Enmiendas de Kampala (EK) de 2010, relativas justamente al crimen de agresión.

El propósito de esta sucinta nota es explicar cómo se llegó a esa decisión y la forma como habrá de operar la competencia de la CPI con respecto al crimen de agresión, una vez se someta a la Corte un caso o situación que involucre ese crimen[2].

1. El crimen de agresión en la Conferencia de Roma

Debemos partir por recordar que si bien en la Conferencia de Roma de 1998, en la cual se adoptó el tratado constitutivo de la CPI, el crimen de

---

[1] Resolución ICC-ASP/16/Res. 5, sobre activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión.

[2] El proceso es descrito en Juan José Quintana, "A Note on the Activation of the ICC's Jurisdiction over the Crime of Aggression", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 17, n.º 1 (2018), 236-250.

agresión fue incluido como uno de los "crímenes graves de trascendencia internacional", sujeto a la competencia material de la CPI. En esa ocasión, no fue posible acordar una definición del crimen ni determinar las condiciones bajo las cuales la Corte podría entrar a procesar a individuos de los que se sospeche que han cometido dicho crimen.

De hecho, incluir o no al crimen de agresión como uno de los crímenes de competencia de la futura CPI llegó a ser uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma, donde un elevado número de países en vías de desarrollo exigieron que se incluyera, junto a los crímenes relativamente bien definidos del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

El compromiso al que se llegó en las postrimerías de la Conferencia de Roma fue incluir el crimen en el listado de delitos de competencia de la Corte, pero dejar la cuestión de la definición de la conducta criminal y de las condiciones para el ejercicio de la competencia para más adelante, cuando se organizara la primera conferencia de revisión del Estatuto.

Esta es la fórmula que se incluyó en el artículo 5 del Estatuto, el cual dispone:

> Artículo 5
> Crímenes de la competencia de la Corte
>
> 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:
> a) El crimen de genocidio;
> b) Los crímenes de lesa humanidad;
> c) Los crímenes de guerra;
> d) El crimen de agresión.
>
> 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

2. Las Enmiendas de Kampala

La tarea de completar lo acordado en Roma con respecto al crimen de agresión le correspondió a la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto, celebrada en Kampala, Uganda, en 2010.

La Conferencia adoptó sin mayores dificultades una definición del tipo penal de la agresión —es decir, la agresión en tanto que crimen atribuible a un individuo—, la cual se basa en gran medida en la definición de la agresión, como acto ilícito de un Estado, que había sido acordada por la Asamblea General de la ONU desde el año 1974, mediante la famosa Resolución 3314 (XXIX) de ese año. Dicha definición figura en el nuevo artículo 8 *bis* del Estatuto, el cual dispone:

> 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas[3].

En el párrafo 2 de la misma disposición se agrega que por "acto de agresión" se entenderá "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas", y se añade un listado de conductas que, de conformidad con la resolución citada "se caracterizará[n] como acto de agresión".

El segundo cometido de la Conferencia consistente en enunciar que "las condiciones en las cuales la Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión" resultó considerablemente más difícil. El punto más debatido se refería al papel del Consejo de Seguridad, órgano que según

---

[3] Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión, párrafo 2. Estas Enmiendas figuran como Anexo I a la Resolución RC/Res.6, "El crimen de agresión", aprobada por consenso el 11 de junio de 2010. En el Anexo II figuran las "Enmiendas a los Elementos de los crímenes", correspondientes al nuevo artículo 8 bis del Estatuto y en el Anexo III unos "entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión".

la Carta de la ONU es el único competente para determinar que se ha cometido un acto de agresión por un Estado (artículo 39).

En el derecho internacional el crimen de agresión es lo que se conoce como un "crimen de liderazgo", lo que significa que es simplemente inconcebible que un individuo cometa un crimen de agresión internacional sin que el Estado al cual pertenece —y en el cual ocupa una posición de liderazgo— haya cometido un acto de agresión que constituya por sí mismo una violación del derecho internacional o un "hecho ilícito internacional"[4]. Por esta razón, se planteó desde un comienzo que cualquier actuación de la Corte Penal Internacional respecto del primero (el crimen) debía por fuerza tomar en consideración lo que pudiera hacer el Consejo respecto del segundo (el acto). De ahí que el propio artículo 5 del Estatuto de Roma especificara con claridad que la disposición a aprobarse respecto del crimen de agresión debía ser compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta.

Luego de muchos y encendidos debates, se llegó a una fórmula en la cual se reconoce que el Consejo de Seguridad tiene un papel que jugar cuando hay alegaciones de que se ha cometido un crimen de agresión, pero, y esto es lo importante, si (como sucede con frecuencia) el Consejo no está a la altura de sus responsabilidades y se abstiene de actuar, esto no paraliza del todo la acción de la Corte y hay otras opciones que permiten la continuación de un eventual procesamiento judicial del individuo o individuos responsables.

La fórmula en cuestión figura en los párrafos 6 a 8 del nuevo artículo 15 *bis* del Estatuto, los cuales disponen lo siguiente:

> 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el

[4] Esto quedó recogido en un nuevo párrafo del artículo 25 del Estatuto, incorporado como una de las enmiendas aprobadas en Kampala en 2010, durante la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto. Dicha disposición establece: "3 *bis*. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado".

> Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.
>
> 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.
>
> 8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.

Como se observa, en los párrafos 6 y 7 se consagran las prerrogativas propias del Consejo de Seguridad en cuanto a la determinación de que el Estado de que se trata ha cometido un acto de agresión. Cuando el Consejo ha hecho esa determinación, en aplicación del artículo 39 de la Carta de la ONU, no hay ningún problema y el Fiscal puede iniciar la investigación que corresponda acerca del crimen de agresión que se derive o se desprenda del mencionado acto de agresión.

Pero si el Consejo no hace esa determinación, ello no lleva a la parálisis del mecanismo judicial, toda vez que en el párrafo 8 se contempla como mecanismo de excepción que el fiscal podrá iniciar la investigación correspondiente, siempre que la Sala de Cuestiones Preliminares lo haya autorizado para hacer tal y el Consejo no haya hecho uso de la opción que tiene bajo el artículo 16 del Estatuto[5].

---

[5] En el artículo 16 del ER se faculta al Consejo de Seguridad a que le pida a la CPI que difiera por un año una investigación o procesamiento que esté adelantando y que se refiera a una situación en la agenda del Consejo. Ha habido varios intentos de activar esta cláusula pero ninguno ha prosperado hasta ahora.

Este es, en esencia, el mismo sistema que acoge el Estatuto de Roma para los restantes crímenes de competencia de la Corte, cuando el caso ante la Corte se origina en una actuación *proprio motu* del fiscal. De hecho, en el nuevo artículo 15 *ter* del Estatuto se le da un tratamiento diferente al evento de que sea el propio Consejo de Seguridad el que hace la remisión: en ese caso, se presume que si es el Consejo mismo el que remite a la Corte una situación en la que se haya podido cometer un crimen de agresión, es porque estima que se ha cometido un acto de agresión concomitante y, por lo tanto, no es necesario que haga una determinación separada en ese sentido.

Una decisión muy importante que se tomó en la Conferencia de Kampala fue la de deferir nuevamente para un momento posterior (luego de transcurridos otros 7 años) el ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión. En ambos artículos (nuevo artículo 15 *bis* y nuevo artículo 15 *ter*) se consagraron dos condiciones acumulativas para que la Corte quedara en condiciones de ejercer dicha competencia. Dichas condiciones eran:

> (a) La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.
>
> (b) La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto[6].

La primera condición era de carácter objetivo y se cumplió en junio de 2016, cuando Palestina se convirtió en el trigésimo Estado parte en el Estatuto de Roma en ratificar las Enmiendas de Kampala.

La segunda requería que la Asamblea de Estados partes del Estatuto de Roma adoptara una decisión en ese sentido, con el cumplimiento de

---

[6] Esta es una mayoría de dos tercios de los Estados partes, de conformidad con el artículo 121 (3) del Estatuto.

dos requisitos formales: que dicha decisión se adoptara no antes del 1 de enero de 2017 y que fuera adoptada por una mayoría de dos tercios, que es la mayoría requerida para la aprobación de las enmiendas al Estatuto. Esto último es lo que vino a llamarse la "activación de la competencia" de la CPI con respecto al crimen de agresión, que fue finalmente decidida por la ASP mediante la resolución ICC-ASP/16/Res. 5, aprobada por consenso el 14 de diciembre de 2017.

Hay otras decisiones tomadas en la Conferencia de Kampala que ameritan un comentario en el contexto del presente análisis.

Primero, la Conferencia tomó una decisión muy precisa sobre la forma y el momento en el que entrarían en vigor las Enmiendas al Estatuto allí adoptadas. En el párrafo 1 de la resolución 6 de la Conferencia se registra la aprobación de las enmiendas al ER que figuran en el Anexo I de la resolución (es decir, los nuevos artículos 8 *bis*, 15 *bis* y 15 *ter*, así como modificaciones técnicas que se hacían necesarias a los artículos 5 (2), 25, 9 (1) y 20 (3)) y se consagra con total claridad que dichas enmiendas estarían sujetas a ratificación o aceptación por los Estados partes en el Estatuto y "entrar[í]an en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 121 del Estatuto".

El artículo 121 (5) del Estatuto, por su parte, se refiere a aquellas enmiendas al tratado que se refieren a los crímenes de competencia de la Corte, es decir, las conductas enumeradas en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto, y estipula que ellas "entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación". En la frase final del artículo se consagró una fórmula puntualizando cuáles eran los efectos jurídicos de la aceptación de dichas enmiendas respecto de la competencia de la Corte. El texto es: "La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda".

Segundo, otra disposición que se incluyó en las Enmiendas fue lo que se llamó una cláusula *opt-out*, que buscaba permitirle a un Estado parte rechazar la competencia de la Corte respecto de un crimen de agresión que lo afecte, mediante el depósito de una declaración unilateral. Su texto dispone:

> 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años.

Esta norma figura en el nuevo artículo 15 *bis*, referido a los casos de remisión por un Estado o por actuación *proprio motu* de la Fiscalía de la Corte. No figura en el artículo 15 *ter*, por la sencilla razón de que si quien remite la situación a la Corte es el Consejo de Seguridad no solo no se requiere que el Estado afectado haya aceptado la Enmienda, sino que sería impensable que un Estado pueda eximirse a sí mismo del ejercicio de la competencia de la Corte, una vez esta es activada mediante una decisión adoptada por el Consejo de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU, como lo exige el Estatuto en su artículo 13, b).

La verdad es que la cláusula *opt-out* podría haber sido de gran utilidad, ya que la idea que la inspiraba era buena: si un Estado parte en el Estatuto tiene dudas sobre extender la competencia de la Corte al crimen de agresión podría declarar en forma unilateral que no acepta dicha competencia, comprometiéndose a revisar esa decisión después de tres años. Sin embargo, al momento de redactar la cláusula primó un criterio principista extremadamente riguroso, que prácticamente condena a esta disposición al destino de letra muerta: lo que se dice en el párrafo 4 es que el único Estado que puede hacer una declaración de exclusión de la competencia de la Corte sobre un crimen de agresión *es el Estado que haya cometido un acto de agresión*. Es impensable que un Estado acepte en forma espontánea que él mismo ha cometido un acto de agresión —lo cual tiene consecuencias muy graves en el plano del derecho internacional— y, por lo tanto, es previsible que esa norma no va a tener aplicabilidad práctica alguna[7].

---

[7] Hasta la fecha, que se sepa, ningún Estado ha hecho la declaración prevista en esta norma. En noviembre de 2015 Kenia hizo una declaración invocando esa disposición, pero empleando un lenguaje marcadamente diferente del que se usa en la misma.

En tercer lugar, otra decisión táctica que tomó la Conferencia de Revisión fue consagrar una salvaguardia dirigida a tranquilizar a los Estados no partes en el Estatuto, en el sentido de que respecto de uno de dichos Estados "la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo" (párrafo 5 del artículo 15 *bis*).

El resultado de esto es que toda la discusión alrededor de la activación de la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión quedó confinada al ámbito de los Estados partes en el Estatuto de Roma, los cuales son, a fin de cuentas, aquellos que ya aceptaron, en principio, que el crimen de agresión figurara en el artículo 5 como uno de los crímenes de competencia de la Corte.

Al igual que en el caso de la cláusula *opt-out*, esta norma no se aplica a situaciones que hayan sido remitidas a la Corte por el Consejo de Seguridad, en las cuales el consentimiento del Estado afectado no juega ningún papel, por estar de por medio el ejercicio de las competencias privativas del Consejo a la luz de la Carta.

Para mayor abundamiento, en uno de los "entendimientos" aprobados en Kampala se consagró en términos inequívocos lo siguiente a este respecto:

> Se entiende que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una remisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto.

3. Las discusiones sobre la activación de la competencia respecto de Estados no partes en las Enmiendas

Como se dijo atrás, en junio de 2016 se cumplió la primera de las dos condiciones estipuladas en Kampala para asegurar la activación de la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión, a saber, el depósito del trigésimo instrumento de ratificación o adhesión de las Enmiendas. Comenzó entonces a prepararse el camino para dar cumplimiento a la otra condición, consistente en que la ASP aprobara una decisión, por mayoría de dos tercios, asegurando dicha activación.

Aquí surgió un problema delicado, consistente en que se planteó una diferencia de opinión con respecto al efecto que tendría tal decisión frente a aquellos Estados que, siendo partes en el Estatuto, no habían todavía ratificado las Enmiendas de Kampala.

Entre los 30 Estados que ya habían ratificado las Enmiendas no surgía ningún problema, ya que respecto de ellos la CPI podría entrar a ejercer su competencia sobre el crimen de agresión de inmediato, en cuanto se cumpliera la condición suspensiva de 12 meses prevista en los nuevos artículos 15 *bis* y 15 *ter*. Frente a un Estado no parte en el Estatuto tampoco había dificultades aparentes, ya que en virtud de una decisión expresa de la Conferencia de Revisión la Corte quedó impedida de ejercer competencia sobre un crimen de agresión "cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo".

¿Pero qué sucedía con aquellos Estados partes en el Estatuto que no hubieran ratificado todavía las Enmiendas? Un grupo de Estados en esta categoría expresaron desde muy temprano la opinión de que hasta que no hubieran ratificado o aceptado las Enmiendas la Corte no podría ejercer competencia sobre un crimen de agresión cometido por sus nacionales o en su territorio. Por lo tanto, una decisión de la ASP activando la competencia de la Corre sobre este crimen solo tendría efectos sobre los Estados partes en el Estatuto que ya hubieran ratificado las Enmiendas y que, en tal virtud, habían aceptado en forma inequívoca la competencia de la Corte sobre dicho crimen.

Pero otra escuela de pensamiento, en la cual se matricularon Estados muy influyentes en el ámbito del sistema del Estatuto de Roma (y que ya habían ratificado o aceptado las Enmiendas), sostuvo con igual firmeza que la ratificación o aceptación de las Enmiendas no era necesaria para que la Corte entrara a ejercer su competencia sobre el crimen de agresión respecto de *todos* los Estados partes en el Estatuto de Roma, con lo cual una decisión de la ASP activando la competencia tendría efectos inmediatos sobre todos los Estados partes en el Estatuto.

Los países del primer grupo ("Activación condicionada") se fundamentaban en el principio del consentimiento, tanto en su variante relacionada con el derecho de los tratados (las Enmiendas de Kampala no podían obligarlos hasta tanto no las ratificaran o aceptaran), como en

lo relativo a la aceptación de la competencia de un tribunal internacional como la CPI (la cual, respecto del crimen de agresión, solamente se materializaba con la ratificación o aceptación de las EK). Se les llamó a estos países proponentes de una activación condicionada, debido a que exigían que en la resolución que debía adoptar la ASP tenía que hacerse claridad absoluta sobre cuál sería el efecto que la activación de la competencia tendría respecto de países en esa situación, es decir no-partes en las EK.

Los del segundo grupo ("Activación simple") invocaban el principio de territorialidad en materia penal y postulaban que al ratificar el Estatuto los Estados ya habían aceptado en el artículo 5 que la Corte ejerza su competencia sobre el crimen de agresión y en el artículo 12 que para que dicho ejercicio se produzca únicamente se exige que uno de los dos Estados involucrados (ya sea el Estado en cuyo territorio se comete el crimen o el Estado de nacionalidad del sospechoso) haya aceptado dicha competencia. Estos países subrayaban también que si un Estado parte en el Estatuto tenía dudas respecto de la capacidad de la Corte para procesar a un sospechoso por el crimen de agresión, lo procedente era que ratificara las Enmiendas, pero haciendo uso de la opción del *opt-out* prevista en el artículo 15 *bis*[8].

Las discusiones entre estos dos extremos se extendieron a lo largo de la segunda mitad de 2016 y todo el año 2017 y cuando se dio comienzo al 16 período de sesiones de la ASP en Nueva York no se vislumbraba ninguna posibilidad de arreglo. Aunque claramente todas las delegaciones declaraban que preferían una solución por consenso, los proponentes de la activación rápida parecían dispuestos a solicitar una votación y los del grupo de la activación condicionada estaban razonablemente confiados en que el otro grupo no tenía los dos tercios de los votos requeridos, ya que un número considerable de Estados compartía sus fundamentadas dudas sobre la compatibilidad de la solución propuesta con el derecho internacional general, en especial con el derecho de los tratados.

---

[8] Los argumentos de ambos grupos fueron expuestos con bastante claridad en el informe de la facilitación sobre este tema que coordinó la Misión Permanente de Austria en Nueva York, por encargo del presidente de la Asamblea. Ver Doc. ICC-ASP/16/24.

4. La solución

Después de arduas negociaciones, que hicieron necesario que el último día de la Asamblea el moderador de la reunión, uno de los vicepresidentes, "detuviera" el reloj de la sala, se presentó un nuevo texto a consideración de las delegaciones y este obtuvo una rápida aceptación y logró ser adoptado por consenso, convirtiéndose en la Resolución ICC-ASP/16/Res. 5 del 14 de diciembre de 2019.

En el párrafo operativo 1 de esta resolución se consagra la decisión de la ASP en el sentido de activar la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018, que es una fecha con una gran carga simbólica, como quiera que marca el aniversario de los veinte años de la suscripción del Estatuto de Roma.

Con respecto al problema descrito en las páginas precedentes, la resolución 5 acoge en forma nítida la posición de los Estados del grupo de la "activación condicionada", en los siguientes términos:

> La Asamblea de los Estados Partes,
>
> […]
>
> 2. Confirma que, de conformidad con el Estatuto de Roma, las enmiendas al Estatuto relativas al crimen de agresión adoptadas en la Conferencia de Revisión de Kampala entran en vigor para aquellos Estados Partes que hayan aceptado las enmiendas un año después de haber depositado sus instrumentos de ratificación o aceptación y que en caso de remisión por un Estado o de investigación de oficio, la Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen de agresión cuando este haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya ratificado o aceptado dichas enmiendas […].

El efecto de la activación es, entonces, muy claro: a partir de la fecha identificada en la resolución la CPI podrá entrar a conocer de un crimen de agresión que se haya cometido en el territorio de un Estado parte o por nacionales de un Estado parte, pero a condición de que dicho Estado

haya ratificado o aceptado las Enmiendas de Kampala. Si el crimen es cometido en el territorio de un Estado que no sea todavía parte en las Enmiendas o por uno de sus nacionales, "la Corte no ejercerá su competencia" respecto de ese crimen.

Lo que hizo que esta fórmula fuera aceptada por el otro grupo de países fue la inserción en el párrafo operativo 3 de una referencia a la independencia de la Corte y a las normas del Estatuto que la consagran, en los siguientes términos: "La Asamblea de los Estados Partes, […] 3. Reafirma el párrafo 1 del artículo 40 y el párrafo 1 del artículo 119 del Estatuto de Roma en relación con la independencia judicial de los magistrados de la Corte".

No está del todo claro cuál es el efecto práctico de este lenguaje, el cual fue aceptado sin dificultades, por la sencilla razón de que ningún Estado parte en el Estatuto de Roma podría seriamente ir en contra del principio sacrosanto de la independencia judicial.

Parecería que sus proponentes tenían en mente que, en un caso dado, en ejercicio de su plena independencia los jueces podrían decidir asumir competencia respecto de un crimen de agresión que involucre a un Estado que no sea parte en las Enmiendas, pero esto no solo iría totalmente en contra de los términos de lo que decidió la ASP —"confirmando" en términos inequívocos que esa es la correcta y hasta la auténtica interpretación del Estatuto—, sino que sería profundamente resentido por el Estado o Estados involucrados.

Otro lenguaje que se incluyó en la resolución para apaciguar de alguna manera a los países del grupo de la "activación simple" fue la frase final del párrafo preambular sexto, donde se deja constancia de que en la resolución 6 de la Conferencia de Revisión se había señalado "que cualquier Estado Parte podrá depositar una declaración como establece el artículo 15 bis antes de la ratificación o aceptación de las enmiendas". Esto es simplemente un recordatorio de que en dicha disposición se contempla la posibilidad de un *opting-out*, lo cual fue defendido siempre por este grupo como una opción viable para ciertos Estados. Sin embargo, como se dijo atrás, el presente autor es de la opinión de que, en términos políticos y realistas, es muy dudoso que ningún Estado dé jamás el paso de admitir en forma pública que ha cometido un acto de agresión y, con base en eso, declare

que no acepta la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión derivado de o conectado con ese acto.

Otro aspecto que vale la pena resaltar de la resolución es que sus redactores tuvieron buen cuidado en dejar claro en el mismo párrafo 2 que este sistema jurisdiccional se aplica únicamente "en caso de remisión por un Estado o de investigación de oficio", es decir, que no tiene aplicabilidad alguna cuando quien remite la situación a la Corte es el Consejo de Seguridad. Como se dijo, cuando el Consejo remite una situación al conocimiento de la Corte es porque ha tomado una decisión directamente obligatoria para todos los Estados a la luz del Capítulo VII de la Carta de la ONU y, por lo tanto, el consentimiento del Estado afectado —ya sea el Estado territorial o el Estado de nacionalidad del sospechoso— no está llamado a jugar ningún papel.

5. Balance

La Resolución 5 de la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional representa un avance considerable dentro del Sistema de la CPI, en la medida en la que significa que ese organismo judicial podrá ejercer su competencia sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018, cuando se den las circunstancias que exige para ello el Estatuto. Queda así cerrado el círculo y completado el ejercicio legislativo iniciado en Roma con respecto al alcance de la competencia *ratione materiae* de la CPI.

Una de tales circunstancias es que, si la remisión no la hizo el Consejo de Seguridad, el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o el Estado de nacionalidad del sospechoso debe haber aceptado u ratificado las Enmiendas de Kampala mediante las cuales se definió el tipo penal de la agresión como crimen de competencia de la Corte y se acordaron las condiciones de procedimiento para que ello suceda.

Aunque algunos Estados partes promovieron activamente un sistema diferente, mucho más avanzado, bajo el cual la Corte podría ejercer competencia sobre este crimen incluso respecto de Estados que no se hubieran vinculado formalmente a las Enmiendas, la solución adoptada es la única que está conforme a los dictados del derecho internacional general y del derecho de los tratados. La adopción por consenso de este mecanismo

tiene además un gran valor, puesto que sugiere que toda la comunidad de Estados vinculados al Sistema del ER concuerda con esa apreciación.

Lo que procede ahora es que un mayor número de Estados partes en el Estatuto de Roma ratifiquen las Enmiendas de Kampala, incrementando así de manera exponencial el campo de acción de la competencia *ratione personae* de la CPI sobre el que justamente se ha llamado "crimen de crímenes" bajo el derecho internacional.

Bibliografía

Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Partes. Doc. ICC-ASP/16/24. 2017.

Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Partes. Resolución ICC-ASP/16/Res. 5, sobre la activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. 2017.

Corte Penal Internacional. Asamblea de Estados Partes. Resolución RC/Res.6. 2009.

Quintana, Juan José. "A Note on the Activation of the ICC's Jurisdiction over the Crime of Aggression". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 17, n.º 1 (2018): 236-250.

La jurisdicción extraterritorial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿una aproximación particular a la responsabilidad del Estado por actos ejecutivos fuera del propio territorio que vulneran los derechos humanos?

Jordi Bonet Pérez*

Resumen

El capítulo analiza cuál es la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) frente a la idea de jurisdicción en el contexto de la realización de actos ejecutivos extraterritorialmente, para fijar su posición jurídica y comprobar si de esta se infiere una visión particular o un posible *lex specialis* respecto al derecho internacional general.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *lex specialis*, jurisdicción, extraterritorialidad.

---

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona e investigador principal del proyecto de investigación financiado por la Administración Central del Estado "La territorialidad como límite de la jurisdicción del Estado ante conductas de actores privados no estatales que repercuten en la efectividad de los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (DER2015-67026-P).

Abstract

The chapter analyzes what is the approach of the European Court of Human Rights (ECHR) to the idea of jurisdiction in the context of extraterritorial executive acts, in order to establish its legal position and understand whether it has produced a particular position or a possible lex specialis regarding general international law.

Keywords: European Court of Human Rights, *lex specialis*, jurisdiction, extraterritoriality.

Introducción

La noción de jurisdicción, tal y como ha sido contemplada a partir de la opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional, sin dejar de predicarse como básicamente territorial, hace referencia, en principio, a la facultad de dictar leyes conforme al derecho internacional público para regular la conducta propia y de los individuos, así como de disponer de un aparato jurisdiccional para hacer cumplir las normas jurídicas vigentes[1]. Como señala Marko Milanovic, la jurisdicción "is the authority of the state, based in and limited by international law, to regulate the conduct of persons, both natural and legal, by means of its own domestic law"[2]. La racionalidad sistémica del orden jurídico interno sostiene tanto la existencia de instituciones judiciales susceptibles de dirimir y de resolver los posibles incumplimientos o disputas relativas a la aplicación de esas

[1] "Foremost restriction imposed by international law upon a State is that —failing the existence of a permissive rule to the contrary— it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention", (Permanent Court of International Justice, *The Case of the S.S. "Lotus"* (1927), Series A n.º 10, p. 18). "Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable". (Ibíd., 19).

[2] Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, (Oxford: Oxford University Press, 2011), 23.

normas jurídicas —de modo que ejercerán, en sentido más estricto que el anterior, la *jurisdicción* (poder jurisdiccional) para aplicar la ley—, como de actividades de naturaleza ejecutiva que permiten asegurar la efectividad de la ley, así como de las decisiones administrativas y judiciales que pretendan garantizarla —sin, por supuesto, descartar la ejecución de decisiones políticas, teóricamente, fundamentadas siempre en la ley y manifestación directa de los intereses nacionales—.

La jurisdicción del Estado presenta entonces tres dimensiones: i) la jurisdicción legislativa o prescriptiva (competencia normativa); ii) la jurisdicción ejecutiva o *enforcement jurisdiction* ("state's authority to apply or enforce the rules that it has previously prescribed")[3]; iii) la jurisdicción ejercida por los tribunales. En consecuencia, la jurisdicción es inclusiva del ejercicio del conjunto de los poderes estatales: la jurisdicción se vincula a "the activities of a State"[4].

Entre las actividades del Estado en ejercicio de su jurisdicción se encuentran los actos ejecutivos que manifiestan la autoridad del Estado y que, en la práctica, pueden proyectarse más allá de su territorio en forma teóricamente de comportamientos reglados por el propio derecho interno (dentro del cual se espera que estén incorporadas adecuadamente las propias del ordenamiento jurídico internacional).

Es obvio que un Estado, con o sin consentimiento del Estado en cuyo territorio operen, puede enviar a miembros de las fuerzas de seguridad a capturar, detener y repatriar a un presunto delincuente; puede también enviar contingentes de sus fuerzas armadas —con o sin cobertura legal del ordenamiento jurídico internacional— a otro país, realizando actividades que implican el uso de la fuerza e, inclusive, llegar a ejercer el control efectivo sobre el territorio del otro Estado (ocupación). Parece lógico entender, en consecuencia, que en los supuestos de hecho sin cobertura legal el Estado ejerce inadecuadamente su jurisdicción de manera extraterritorial. Lo expuesto tiene una implicación importante: no excluye que un Estado ejerza su poder extraterritorialmente en contra de la legalidad, es decir, que *no esté actuando en ejercicio [en negativo] de su jurisdicción (carece*

---

[3] Ibíd., 23.

[4] Frederick Alexander Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 111 (1964), 9.

a priori de jurisdicción o la ejerce de forma inadecuada conforme a derecho, por lo que su conducta implica un ejercicio ilícito de la misma). Estas conductas pueden calificarse de actos de extralimitación en el ejercicio de la jurisdicción que se apartan de la legalidad definida por el ordenamiento jurídico internacional (aunque se parta de la presunta excepcionalidad del ejercicio extraterritorial del poder público y del carácter eminentemente territorial de la jurisdicción). Sobre todo, pues, podrán ser calificadas de conductas que, por violar las normas jurídicas internacionales descritas, constituyen hechos internacionalmente ilícitos atribuibles al Estado y solo justificables si existe una circunstancia que excluye la ilicitud del comportamiento estatal conforme al derecho internacional general.

Así, por ejemplo, cuando un Estado:

> exercises physical *force* in the territory of another State to assert its alleged rights; it sends its agents, for instance, to apprehend and remove fugitives from its justice or men liable to serve in its forces, and so forth. It is, of course, obvious that such exercise of force is illegal, and no doctrine of jurisdiction is needed, or perhaps even pertinent, to establish so plain a violation of international law[5].

Partiendo de las incertidumbres jurídicas de este planteamiento, cabe analizar cuál es la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la idea de *jurisdicción* frente a la realización de actos ejecutivos extraterritorialmente, para fijar su posición jurídica y comprobar si de esta se infiere una visión particular (*¿lex specialis?*) respecto al derecho internacional general.

El referente normativo es el artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), aplicable al conjunto normativo que constituyen el CEDH y sus Protocolos adicionales: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a *toda persona dependiente de su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio" (el resaltado es propio).

---

[5] Ibíd., 129.

1. Aproximación al alcance de la jurisdicción del Estado Parte conforme al artículo CEDH en la jurisprudencia del TEDH

A partir de la decisión de admisibilidad en el *asunto Banković y otros*, es particularmente cuando puede afirmarse que el TEDH desarrolla una jurisprudencia más o menos lineal en torno a los actos ejecutivos extraterritoriales[6], cuya aportación más reciente puede considerarse que ha sido el *asunto Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía*[7] —sentencia dictada por la Gran Sala como consecuencia de la remisión de una sentencia de la Sala conforme al artículo 43 CEDH—.

El *asunto Banković y otros* hace referencia a una demanda presentada por ciudadanos serbios contra los diecisiete Estados Partes del CEDH que a su vez lo eran de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), por la muerte de sus familiares cuando fueron alcanzadas el 23 de abril de 1999 las instalaciones de la Radio Televisión de Serbia, dentro de la campaña de bombardeos lanzada por la OTAN desde el 24 de marzo de 1999 contra la extinta República Federal de Yugoslavia (RFY), en relación con el conflicto armado existente en el territorio de Kosovo[8].

---

[6] *Banković and Others v. Belgium* (dec.) [GC], n.º 52207/99, ECHR 2001-XII.

La idea fuerza de esta decisión de admisibilidad está presente en verdad en dos supuestos muy distintos fácticamente del *asunto Bankovic y otros*, relativos a la situación en el Norte de Chipre, tras la intervención militar y posterior ocupación del territorio (una situación a la que se hará constante referencia): i) el TEDH estableció la responsabilidad turca dado que ejercía un "effective control of an area outside its national territory" (*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), marzo 23, 1995, § 62, Series A nº. 310); y ii) la Comisión Europea de Derechos Humanos, que mantuvo esta línea argumental en relación con la admisibilidad de la demanda interestatal en el asunto *Chipre c. Turquía*, apreciando que las quejas sobre violación de derechos humanos "have sufficiently demonstrated the possibility of a direct or indirect involvement of Turkish authorities" (European Comission on Human Rights, *Cyprus v. Turkey*, Applications n.ºs 6780/74, 6950/75, Dec. & Rep. 72 (1975).

[7] *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], n.º 36925/07, enero 29, 2019.

[8] Con la voluntad de apoyar los objetivos políticos de la Comunidad internacional, y, en concreto, para "to secure Yugoslav agreement to an interim political settlement" sobre la situación en Kosovo. "Press Statement by Dr. Javier Solana, Secretary General of NATO", *Press Release (1999)040*, marzo 23, 1999, consultado abril 8, 2019, https://www.nato.int/docu/pr/1999/p99-040e.htm.

La decisión final de inadmitir la demanda se funda en parámetros interpretativos de carácter general como los siguientes[9]:

> "59. […] the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States".
>
> "61. Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in […] each case".
>
> "70. […] the responsibility of a Contracting Party was capable of being engaged when as a consequence of military action (lawful or unlawful) it exercised effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the Convention rights and freedoms was found to *derive from the fact of such control whether it was exercised directly, through the respondent State's armed forces, or through a subordinate local administration*" (el resaltado es propio).

El patrón interpretativo termina de perfilarse constatando: i) que el Estado objeto de la acción militar no era Parte del CEDH ni miembro del Consejo de Europa[10], es decir, del *espacio jurídico* que este delimita (no manteniendo *a priori* sus ciudadanos ningún vínculo con los Estados Partes); ii) que los Estados Partes habían establecido (artículo 56 CEDH)

---

[9] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, §§ 59, 61 y 70, ECHR 2001-XII.

[10] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, § 82, ECHR 2001 XII.

en qué supuestos específicos decidían extender, previa notificación al secretario general del Consejo de Europa, sus obligaciones jurídicas a "todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable"[11]; y iii) que los Estados Partes, tampoco en otras acciones militares similares, parecieron ser conscientes o asumir su responsabilidad extraterritorial, ya que no se prevalieron de la cláusula derogatoria del artículo 15 CEDH[12].

Esta decisión jurisdiccional pone de manifiesto cómo, aunque sea considerada una *situación excepcional* a tenor del derecho internacional general, un Estado ejerce su *jurisdicción* desde el prisma de las obligaciones jurídicas contraídas mediante el CEDH y sus Protocolos cuando detenta un control efectivo sobre un espacio territorial ajeno a su territorio, con independencia de si la acción militar es legal o no conforme al ordenamiento jurídico internacional. La jurisdicción para garantizar los derechos y libertades reconocidos por el CEDH, de este modo, no se relaciona con una acción armada (acto instantáneo) realizada por un avión militar que lanza misiles, sino con el ejercicio de un control efectivo del territorio ajeno de quien extraterritorialmente desarrolla actos ejecutivos —lo que claramente no sucede en el supuesto de hecho—.

La justificación de esta argumentación se busca en la integración interpretativa del CEDH en el conjunto del ordenamiento jurídico internacional, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (CVDT)[13], aceptándose por el

---

[11] Ibíd., § 80.

[12] Ibíd. § 62. Al evaluar el ataque de un avión de combate que involucró a un convoy civil con resultado de muerte de civiles en las cercanías de Grozni (Chechenia), el TEDH condenó al Estado porque la operación —esta de carácter puramente interno— no se llevó a cabo con el debido cuidado para minimizar el uso de la fuerza letal y evitar consecuencias sobre el derecho a la vida. Mas lo hizo desde la perspectiva de la estricta aplicación del art. 2 CEDH en períodos de paz —ya que el Estado Parte no había recurrido al art. 15 CEDH— (*Isayeva and Others v. Russia*, n.os 57947/00 and 2 others, §§ 169 y 199, febrero 24, 2005); en suma, el incidente es tratado como "any operation is treated as a law-enforcement action". Federico Sperotto, "Ten Years after Bankovic", *Global Jurist*, 12 (2012): 17.

[13] "I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya

TEDH[14] que esta disposición convencional refleja el derecho internacional consuetudinario vigente. El TEDH, empero, no sigue generalmente esta dirección, pues el seguimiento a rajatabla de las reglas generales de interpretación de la CVDT, reflejo del derecho internacional consuetudinario, no es una pauta habitual de conducta. El que fuera juez del TEDH, Josep Casadevall, deja claro que, en la práctica, las reglas de la CVDT:

> no bastan para resolver todas las cuestiones que plantea la aplicación del Convenio Europeo [el CEDH] en su condición de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, ni son el único medio disponible, de tal manera que el TEDH (y ya antes la Comisión) se ha inspirado de otros estatutos y reglas de derecho internacional y ha recurrido a los principios generales del derecho admitidos comúnmente[15].

---

sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes" (el resaltado es propio).

[14] Según el TEDH, la CVDT enuncia "in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion"; aun cuando a continuación se añada que "for the interpretation of the European Convention account is to be taken of those Articles subject, where appropriate, to 'any relevant rules of the organization' —the Council of Europe— within which it has been adopted", (Article 5 of the Vienna Convention [que permite reglas interpretativas particulares dentro de las Organizaciones internacionales]" (*Golder v. the United Kingdom*, febrero 21, 1975, § 29, Series A, n.º 18). Apelando como medio de interpretación complementario previsto en el art. 32 CVDT (para confirmar el resultado del recurso a la regla general o cuando este sea "ambiguo u oscuro" o resulte "manifiestamente absurdo o irrazonable"), el TEDH señala que los trabajos preparatorios *confirman* que la redacción definitiva fue hecha "with a view to expanding the Convention's application to others who may not reside, in a legal sense, but who are, nevertheless, on the territory of the Contracting States" (*Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, § 63, ECHR 2001-XII).

[15] Josep Casadevall, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 138. El que también fuera juez del TEDH, Juan Antonio Carrillo Salcedo, admite que, aunque el TEDH "has expressly referred to the rules

Siguiendo la línea de la anterior decisión (véase párrafo 59), el TEDH en el *asunto Al-Skeini y otros contra el Reino Unido*, relativo a la falta de investigación de la muerte de varios ciudadanos iraquíes en manos del contingente británico en Iraq —de conformidad con la obligación jurídica derivada del artículo 2 CEDH—, mantuvo que, durante el período de ocupación (desde 1 de mayo de 2003 a 30 de junio de 2004)[16], el Reino Unido ejerció "some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in south-east Iraq"[17].

Dentro de su argumentación, el TEDH procedió a precisar algo más los supuestos de ejercicio de la jurisdicción fuera del propio territorio a tenor del artículo 1 CEDH, considerando que podían identificarse cuatro grandes categorías[18]: i) los comportamientos de los agentes diplomáticos y consulares; ii) los comportamientos de las autoridades estatales que actúan en territorio de otro Estado con el consentimiento, la invitación o la aquiescencia de este, ejerciendo todos o algunos de los poderes públicos correspondientes a ese otro Estado; iii) los comportamientos de los agentes del Estado que fuera del propio territorio usan la fuerza para poner bajo control de las autoridades estatales a una persona o personas (en principio, "has been applied where an individual is taken into the custody of State

---

of interpretation set out in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, it has, nevertheless, used criteria for interpretation that respond to the specific nature of the European Convention of Human Rights", (Juan Antonio Carrillo Salcedo, "The European Convention on Human Rights", en *International Human Rights Law in a Global Context*, editado por Felipe Gómez Isa y Koen De Feyter, (Bilbao: University of Deusto, 2009), 385.

La interpretación teleológica que indica Carrillo Salcedo, predominante en la concepción jurisprudencial del TEDH, deriva en la *doctrina de la efectividad o del efecto útil del CEDH*, siendo, por consiguiente, más bien fruto de la creatividad del TEDH y de la especificidad del CEDH que del recurso estricto a una interpretación conforme a las reglas del art. 31 CVDT. Mowbray, Alastair, "The Creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 5 (2005): 58.

[16] Como consecuencia de la Resolución 1546 (2004), de 8 de junio de 2004, del Consejo de Seguridad, tuvo lugar el 28 de junio de 2004 la transferencia de poderes de la Autoridad Provisional de la Coalición a la Autoridad Provisional Iraquí.

[17] *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], n.º 55721/07, § 149, ECHR 2011.

[18] Ibíd., §§ 134-140.

agents abroad")[19]; y iv) los comportamientos derivados del ejercicio de un control efectivo de un territorio como consecuencia de una acción militar, con independencia de su legalidad internacional.

A su vez, señala el TEDH en relación con una situación de control efectivo del territorio de un Estado no Parte del CEDH: i) que, en esa área de control efectivo de carácter territorial, existe la obligación de garantizar (*secure*) los derechos y libertades reconocidos por el CEDH, sea directa o indirectamente (en este caso, a través de una autoridad local subordinada)[20]; ii) que, a pesar de que el espacio jurídico del CEDH es el propio de los Estados Partes, no extender la jurisdicción en el sentido del art. 1 CEDH generaría un *vacío de protección* de los derechos y libertades reconocidos que resultaría inasuible[21]; y iii) que el ejercicio de control efectivo se refiere a situaciones claramente diferenciables y distintas de las cubiertas por las declaraciones autorizadas por el artículo 56 CEDH[22].

Previamente, en 2005, el *asunto Issa y otros c. Turquía*, relacionado con operaciones militares turcas en territorio de Iraq con resultado de muerte, le sirvió al TEDH para consolidar la línea jurisprudencial reflejada en el *asunto Loizidou y otros c. Turquía*[23]: para estar ejerciendo el Estado su jurisdicción, no necesariamente debía ser un control efectivo completo del territorio y del poder público, sino que bastaba con un control general (*overall control*) para que pudiera igualmente ser responsable de las vulneraciones del CEDH respecto a las personas ubicadas en ese territorio, pues, en ningún caso, podía permitírsele al Estado Parte perpetrar violaciones de derechos humanos que no pudiera cometer en su propio territorio[24].

---

[19] Ibíd. § 136. En el asunto *Al-Saadoon and Mufdhi c. Reino Unido*, el TEDH mantuvo que dos ciudadanos iraquíes detenidos en una prisión militar británica en Iraq se encontraban bajo jurisdicción de ese Estado Parte, ya que el Reino ejercía un control total y exclusivo sobre los individuos privados de libertad. *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), n.º 61498/08, §§ 86-89, junio 30, 2009.

[20] *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], n.º 55721/07, § 138, ECHR 2011.

[21] Ibíd. § 142.

[22] Ibíd. § 140.

[23] *Loizidou v. Turkey (merits)*, 18 diciembre 1996, § 56, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI.

[24] *Issa and Others v. Turkey*, n.º 31821/96, §§ 70-71, noviembre 16, 2004.

Desde la perspectiva conceptual, este tipo de control abarca diversas situaciones —desde un gobierno de facto a una más o menos permanente presencia en un territorio ajeno[25]— y de este se predica un test funcional sobre el grado de control requerido muy casuístico[26].

En 2019, la Gran Sala se enfrentó en el *asunto Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* a una demanda en que se denunciaba, desde la perspectiva del derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la falta de una investigación efectiva de la muerte de familiares de los demandantes, residentes en la zona bajo la autoridad de la República Turca del Norte de Chipre (RTNC), en una zona controlada por el Gobierno chipriota.

Tres son los grandes parámetros que, en la línea de las anteriores decisiones jurisdiccionales, deben tenerse presentes en relación con la obligación de cooperar en la investigación de Turquía: i) el encontrarse en el ejercicio de su jurisdicción es una condición necesaria para que el Estado Parte sea responsable de acciones u omisiones conforme al CEDH[27]; ii) el supuesto de hecho perfila una situación en que Turquía ejerce un control efectivo sobre el territorio bajo autoridad de la RTNC; y iii) aunque la muerte haya sido causada fuera del territorio objeto de control efectivo por Turquía, existe un claro vínculo jurisdiccional conforme al artículo 1 CEDH, focalizándose el asunto en el hecho de que, además de residir la persona privada de su vida en territorio bajo autoridad de la RTNC, las autoridades de la RTNC habían abierto una investigación penal y, adicionalmente, que los sospechosos del crimen huyeron hacia territorio bajo control efectivo de las autoridades turcas[28].

---

[25] Se pregunta el TEDH en este asunto si ese control general es parcial de ciertas áreas o total sobre el norte de Iraq, planteándose, empero, como principal cuestión a dirimir si "in the instant case is whether at the relevant time Turkish troops conducted operations in the area where the killings took place" (Ibíd., § 76).

[26] Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, 141.

[27] *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], n.º 36925/07, § 178, enero 29, 2019.

[28] *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], n.º 36925/07, § 196, enero 29, 2019.

2. Una primera reflexión: ¿la jurisprudencia del TEDH es inclusiva de todo acto ejecutivo extraterritorial llevado a cabo por los Estados Partes?

Como se ha podido observar, el TEDH ha tendido, a partir de su pronunciamiento de inadmisibilidad en el *asunto Banković y otros*[29]: i) a identificar aquellos supuestos de hecho en que el Estado Parte del CEDH puede actuar fuera de su territorio ejerciendo su jurisdicción; ii) a relativizar en alguna medida el grado de control necesario para que se considere que el Estado Parte está ejerciendo fuera de su territorio su jurisdicción, pasando de exigir un control efectivo del territorio a entender que hay supuestos de hecho en que es suficiente con un control general; y iii) a perfilar la posibilidad de que el Estado Parte sea responsable del ejercicio de su jurisdicción en territorios incluso que no forman parte del *espacio jurídico* determinado por el CEDH y sus Protocolos, ofreciendo un tratamiento jurídico de estos supuestos de hecho desconectado del artículo 56 CEDH. Todo ello, aderezado con una posición jurisprudencial que prioriza el análisis casuístico de cada situación jurídica y fáctica.

A partir de ello, cabe admitir que ha sido central en la jurisprudencia del TEDH toda la problemática de la existencia de territorios respecto a los cuales, sea dentro o no del *espacio jurídico* que se constituye a partir del CEDH, los Estados Partes ejercen un mayor o menor control susceptible de ser entendido como modalidad de sometimiento a su jurisdicción, de acuerdo con el artículo 1 CEDH.

Sin entrar en profundidad en los parámetros fácticos que analizó el TEDH, lo anterior debe vincularse a la diferenciada percepción que adoptara el TEDH al enjuiciar la posible responsabilidad de la Federación Rusa en relación con el territorio de la denominada República Moldavia (la denominada República Moldava del Transdniester o MRT) en el *asunto Ilaşcu y otros contra Moldavia y Rusia*. Se plantea una aproximación diferente al

[29] Una panorámica general de la jurisprudencia del TEDH al respecto: European Court on Human Rights, "Extraterritorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights", *Factsheet – Extraterritorial jurisdiction of States Parties*, Press Unit, July 2018, consultado abril 8, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf.

ejercicio de jurisdicción, fundada en la existencia de una *influencia decisiva*, entendida como un

> continuous and uninterrupted link of responsibility on the part of the Russian Federation for the applicants' fate, as the Russian Federation's *policy of support for the regime and collaboration with it* continued beyond 5 May 1998, and after that date the Russian Federation *made no attempt to put an end to the applicants' situation brought about by its agents, and did not act to prevent the violations allegedly committed* after 5 May 1998[30].

En otro asunto relacionado con la misma situación, el TEDH ha señalado que la MRT fue establecida como resultado de la asistencia militar rusa, produciéndose un alto grado de dependencia a todos los niveles de la Federación Rusa en orden al mantenimiento del *statu quo*[31]. También aquí, respecto a toda forma de control, la línea de separación es tenue e imprecisa, dependiendo de la intensidad de la vinculación su apreciación.

Siguiendo las tipologías de comportamiento extraterritoriales descritos en el *asunto Al-Skeini y otros contra el Reino Unido*, hay que analizar los comportamientos de los agentes del Estado operando fuera del propio

---

[30] *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, n.º 48787/99, § 393, ECHR 2004-VII; el resaltado es propio. Para el TEDH, el hecho de que agentes de la Federación Rusa no hayan participado directamente en los hechos no varía la apreciación jurisdiccional (ibíd.). Se otorga especial importancia, por ejemplo, a: i) el "financial support enjoyed by the "MRT" by virtue of the following agreements it has concluded with the Russian Federation" (*ibid.* § 390); ii) dentro de la colaboración económico-financiera se insinúa la atribución de un cierto nivel de responsabilidad al Estado por comportamientos fuera de su territorio no solo de empresas controladas por él, sino de aquellas cuya política empresarial está sujeta a la autorización estatal (ibíd. § 391); y iii) que el territorio de la MRT "vested with organs of power and its own administration, remains under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event that it *survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation*" (Ibíd. § 392; el resaltado es propio).

[31] *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], n.os 43370/04 and 2 others, §§ 121-122, ECHR 2012; en el mismo sentido: *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], n.º 11138/10, ECHR 2016; otros supuestos al respecto: *Ivanţoc and Others v. Moldova and Russia*, n.º 23687/05, 15 November 2011 y *Sandu and Others v. the Republic of Moldova and Russia*, n.os 21034/05 and 7 others, julio 17, 2018.

territorio para poner bajo control de las autoridades estatales a una persona o personas.

Dos son los casos paradigmáticos analizados (véase también nota 20):

- En agosto 1994, Illich Ramírez Sánchez (alias Carlos) fue capturado por las fuerzas de seguridad sudanesas, llevado al aeropuerto y puesto a disposición de agentes franceses, que lo subieron a un avión rumbo a Francia para ser puesto a disposición judicial. La hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos puso énfasis en que la demanda relataba una situación de detención existente conforme a la ley francesa y ejecutada por agentes franceses a partir de su subida a un avión militar francés —por lo que el demandante "was effectively under the authority, and therefore the jurisdiction", aunque tal poder fuese ejercitado en el extranjero—[32].
- En febrero de 1999, Abdullah Öcalan, máximo dirigente del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), fue detenido por agentes turcos dentro de un avión matriculado en Turquía al que fue llevado por agentes keniatas, siendo transportado inmediatamente a Turquía. El TEDH, señaló, sobre la base argumental del asunto anterior[33]: i) que un arresto hecho por un Estado Parte en otro Estado, incluso sin el consentimiento de este segundo, afectaba al derecho a la libertad y seguridad del artículo 5 CEDH, de manera que debía ser objeto de supervisión si la actuación extraterritorial no respetaba la soberanía del Estado donde se actuó y, por tanto, contrariaba el derecho internacional[34]; y ii) aun cuando los agentes turcos hubiesen actuado fuera de su territorio, atendiendo a que se encontraba bajo control y autoridad turcas, el detenido se encontraba bajo jurisdicción de ese país.

---

[32] European Comission on Human Rights, *Illich Ramirez Sanchez v. France* (dec.), Application n.º 8780/95, *D.R.* n° 86-B, 161-162; se declaró además incompetente *ratione personae* respecto a cómo fue detenido por los agentes sudaneses, pues ese Estado no era Parte del CEDH.

[33] *Öcalan v. Turkey* [GC], n.º 46221/99, §§ 85 y 91, ECHR 2005-IV; en una dirección semejante: *Stocké v. Germany*, judgment of 19 March 1991, Series A, n.º 199.

[34] Ibíd., § 90.

La jurisdicción de ambos Estados Partes, en consecuencia, se sustenta en la existencia de un control efectivo ejercido sobre la persona detenida, que se fundamenta en la puesta a disposición de los agentes estatales del individuo y la acción de custodia consiguiente para llegar a ser puesto a disposición judicial. No se sustenta, en suma, la jurisdiccionalidad estatal de manera necesaria en un control, sea cual su grado, de carácter territorial sobre un espacio físico soberano de otro Estado.

Así puede entenderse también el *asunto Medvedyev y otros*, en el cual se plantea la existencia o no de una detención ilegal, en el sentido del artículo 5,1 CEDH, por el abordaje y captura en 2002 de un barco y de su tripulación en alta mar por participar en actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes. El TEDH entendió que, estando bajo custodia de agentes franceses, los demandantes se encontraban bajo jurisdicción francesa, ya que el barco y su tripulación estaban bajo pleno y exclusivo control de estos de modo continuado e interrumpido hasta llegar a Francia, respetándose así mismo los parámetros de la legalidad internacional aplicables[35].

Esta decisión jurisdiccional puede contrastarse con los argumentos del TEDH en el *asunto Hirsi Jamaa y otros*, ante la constancia de la entrega a las autoridades libias de personas de nacionalidad somalí y eritrea tras desembarcarlas de un buque de guerra italiano, previo rescate de estas por buques guardacostas y de la *Guardia di finanza* italiana. Aun partiendo de idénticos fundamentos interpretativos, sí que se señala como cuestión previa que la no constatación de la existencia de jurisdicción en el *asunto Banković y otros* se debía a que en ese supuesto de hecho "only an instantaneous extraterritorial act is in issue"[36], a continuación de lo cual se dice:

> 74. (…) the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual.

---

[35] *Medvedyev and Others v. France* [GC], n.º 3394/03, § 67, ECHR 2010.

[36] *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], n.º 27765/09, § 73, ECHR 2012.

> 81. The Court observes that in the instant case the events took place entirely on board ships of the Italian armed forces, the crews of which were composed exclusively of Italian military personnel. In the Court's opinion, in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the *continuous and exclusive de jure and de facto control* of the Italian authorities (el resaltado es propio)[37].
>
> 133. The Court observes, firstly, that that fact was disputed by the applicants, who stated that they had informed the Italian military personnel of their intention to request international protection. […]. Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed expressly to request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3.
>
> 134. In that connection, the Court notes that none of the provisions of international law cited by the Government justified the applicants being pushed back to Libya, in so far as the rules for the rescue of persons at sea and those governing the fight against people trafficking impose on States the obligation to fulfil the obligations arising out of international refugee law, including the non-refoulement principle.

Podría especularse si, atendiendo a que los hechos que justifican la demanda se refieren a la *entrega* de estas personas a las autoridades libias como una posible violación del artículo 3 CEDH —prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes—, se ha afirmado la jurisdicción estatal respecto a un acto objetivamente instantáneo (en el *asunto Banković y otros* el acto instantáneo es el ataque armado con resultado de muerte). No obstante, es evidente que el acto instantáneo se contextualiza en una situación de hecho en que se ejerce la autoridad y el control sobre estas personas por agentes italianos: se produce un control

[37] *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], n.º 27765/09, §§ 74 y 81, ECHR 2012.

continuo y exclusivo por las autoridades italianas en buques oficiales sobre las personas entregadas, desde que son rescatadas hasta que —indebidamente— se produce su entrega a las autoridades libias.

Esta forma de autoridad y control debe ser efectiva sobre las personas en un área territorial determinada (modelo de jurisdicción personal), y no solo en la constatación de que se encontraban bajo custodia en espacios de jurisdicción italiana. Piénsese, a este respecto, que se considera *jurisdiccionalmente* atribuible a Italia el hecho de dejar de ejercer debidamente la custodia de las personas rescatadas en alta mar y como consecuencia de ello poner en riesgo para ellos la garantía definida por el CEDH[38].

A partir de todo lo expuesto, pero considerando en buena medida la aplicabilidad de la idea de ejercicio de un cierto grado de control (territorial o personal) como referente de la constatación de existencia de jurisdicción, parecería que no resultarían de la competencia del TEDH actos ejecutivos extraterritoriales, por no estar realizados bajo la jurisdicción del Estado Parte las privaciones de la vida de personas resultantes de un acto de bombardeo o de un asesinato producidos fuera del *espacio jurídico* del CEDH y sus Protocolos[39]. "If state agents detain someone pursuant to warrant, and they kill him, he would be within the state's jurisdiction. If, however, the state's agents shot first and ask question latter, the would presumably not deemed to have jurisdiction"[40].

---

[38] No es extraño que, sobre la opinión del TEDH en el *asunto Banković y otros*, se pueda decir que "it may be difficult to contest that NATO exercised some level of control or authority over individuals killed in an air raid over Belgrade and thus that those individuals fell within NATO member States' jurisdiction when applying the personal model of jurisdiction" (Ryngaert, Cyril, "Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights Al-Skeini and others v United Kingdom App n.º 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011)", *Merkourios*, vol. 28 (2012), Case Note, 59-60). Tal comentario permite señalar cómo, aun estando en disposición de aplicar el criterio de la segunda decisión judicial en torno a la jurisdicción sobre un acto instantáneo, la demanda relativa al bombardeo de la Radio Televisión Serbia podría haber sido igualmente inadmisible por ser los hechos atribuibles a la Organización internacional, sin necesidad de recurrir a argumentos luego matizados por el TEDH.

[39] "What all of these cases have in common is that they would fall outside a human rights treaty's scope of application under a strict effective overall control of an area model of state jurisdiction", Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, 121.

[40] Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, 31.

3. La doctrina del TEDH sobre la jurisdicción frente a los actos ejecutivos extraterritoriales: ¿una aproximación particular?

Lo hasta ahora expuesto perfila la necesidad de realizar una evaluación crítica de la posición del TEDH, considerando tanto los supuestos de hecho que *a priori* quedan fuera de la jurisdicción estatal como el potencial particularismo de su doctrina en el contexto del ordenamiento jurídico internacional, para capturar su hipotética y potencial especificidad que parece mantenerse en la reciente jurisprudencia.

3.1. La especificidad de la jurisdicción en la doctrina del TEDH

En el *asunto Pisari c. República de Moldavia y Rusia*, reiterando argumentos previamente expresados, el TEDH[41] parece incorporar la noción de *jurisdicción* en los términos muy genéricos del derecho internacional general que se han subrayado al principio: para que sea ejercida fuera del propio territorio debe existir una norma jurídica que lo fundamente, es decir, su existencia y alcance debe identificarse de forma que "in accordance with custom, treaty or other agreement, its authorities carry out executive functions on the territory of another State"[42].

Sin embargo, especialmente desde que las consecuencias sobre los derechos humanos de la invasión turca del Norte de Chipre (1974) —una situación de facto contraria al ordenamiento jurídico internacional— fuesen planteadas ante el TEDH y su competencia *ratione loci*, la fundamentación de la jurisdicción estatal se ha sustentado en la existencia de un control efectivo sobre el territorio invadido, a los efectos de asegurar en ese espacio los derechos y libertades del CEDH y de sus Protocolos[43] —eso

---

[41] *Pisari v. Moldova and Russia*, n.º 42139/12, § 33, abril 21, 2015.

[42] La jurisdicción rusa por la muerte de una persona en un puesto de control es aceptada por el TEDH porque "was manned and commanded by Russian soldiers in accordance with the agreement putting an end to the military conflict in the Transdniestrian region of Moldova", (*Pisari v. Moldova and Russia*, n.º 42139/12, § 33, abril 21, 2015).

[43] "Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action —whether lawful or unlawful— it exercises effective control of an area outside its national territory [directamente o mediante autoridades locales subordinadas]" (*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), marzo 23, 1995, § 62, Series A n.º 310).

sí, a diferencia del *asunto Banković y otros*, dentro del *espacio jurídico* del CEDH—. Sin perjuicio de que, al analizar el fondo del *asunto Loizidou*, se matizara que el control ejercido podía ser de carácter general —el ejército turco "exercises effective overall control over that part of the island"— y que ello entrañase igualmente responsabilidad respecto a las actividades de las autoridades locales subordinadas[44].

Muy gráficamente lo expone Marko Milanovic: conforme al derecho internacional general cuando Turquía invadió el Norte de Chipre, siendo más que en apariencia responsable de un hecho internacionalmente ilícito, "it did not exercise its jurisdiction within the meaning of general international law over the parts of Cyprus that it had conquered" [45].

La posición del TEDH en el *asunto Banković y otros*, en buena medida, tiende también a no identificar ni examinar el alcance jurídico de una norma jurídica susceptible de justificar el ejercicio de jurisdicción por los Estados Partes demandados: partiendo de que no todo acto de los Estados Partes que afecta negativamente a los demandantes se encuentra comprendido dentro de los parámetros del artículo 1 CEDH[46], el TEDH afirma que la responsabilidad del Estado Parte se producirá "as a consequence of military action (*lawful or unlawful*) it exercised effective control of an area outside its national territory"[47]. A la vista del contenido de la decisión de admisibilidad, más allá de otras normas jurídicas internacionales aplicables, la teórica base jurídica de la decisión de bombardear la RFY y de la acción ejecutiva subsiguiente sería en todo caso el Tratado constitutivo de la OTAN[48].

---

[44] *Loizidou v. Turkey* (merits), diciembre 18, 1996, § 56, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI.

[45] Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, 27.

[46] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, § 75, ECHR 2001-XII; véase, por ejemplo, ya con anterioridad a este debate, un planteamiento en torno a una detención ilegal extraterritorial: Mann, Frederick Alexander, "The Doctrine of Jurisdiction revisited after Twenty Years". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 186 (1984), 39.

[47] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, § 70, ECHR 2001 XII.

[48] En consecuencia (véase nota 39), sobre esta base jurídica quizá cabría haber rechazado la admisibilidad de la demanda *ratione personae*, en la medida en que quien autorizó y organizó

La justificación del TEDH es teleológica: el objeto y el fin del tratado internacional plantea la necesidad de que en los territorios que sean sometidos a control efectivo (o general) del Estado Parte se aseguren los derechos y libertades previstos en el CEDH. De ahí, así mismo, que el TEDH se cure en salud respecto a la aplicabilidad de los artículos 31 a 33 CVDT: "The Convention [CEDH] should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part"[49].

Esta preferencia jurisprudencia del TEDH plantea, pues, la hipótesis de una normatividad algo diferenciada del derecho internacional general, al focalizar su argumento jurídico en la existencia o no de un control efectivo de carácter territorial, que, en su opinión, no se produce en el supuesto de hecho. Este argumento jurídico, así mismo, ha tendido a ser relativizado y desgajado en diversos niveles posibles de control justificativos de la existencia de jurisdicción[50]. La pregunta, desde el prisma del derecho internacional general, es si, habiendo una base jurídica interna o internacional (por el origen de sus procedimientos de creación normativa), las consecuencias jurídicas del uso de la fuerza o de la realización de actos ejecutivos extraterritoriales deben generalmente ser objeto de un cierto nivel de control para que los comportamientos estatales se encuadren dentro de su jurisdicción conforme al artículo 1 CEDH (y si se puede prescindir de esa base jurídica si existe tal control)[51].

Sin realizar una traslación exhaustiva de la práctica institucional, cabe decir que la supervisión de otros tratados internacionales en ámbitos jurídicos diferenciados del Consejo de Europa parece también marcar la misma tendencia: el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[52], por ejemplo, deja claro que

---

efectivamente la operación militar es una organización internacional que no es Parte del CEDH —lo que se sugiere como una solución de pura economía procesal—.

[49] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, § 57, ECHR 2001-XII.

[50] Cabría preguntarse, a este respecto, si no existía un control real y efectivo del espacio aéreo de la República Federal de Yugoslavia o, inclusive, un control general debido a la superioridad aérea —el espacio aéreo, a todos los efectos, no deja de ser *territorio* de otro Estado.

[51] *Pisari v. Moldova and Russia*, n.º 42139/12, § 33, abril 21, 2015.

[52] Se suele indicar también dentro de la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Coard et al. v. the United States*, decision of 29 September 1999, Report n.º 109/99, Caso nº. 10.951, §§ 37, 39, 41 y 43.

la aplicabilidad extraterritorial del tratado internacional, pero también que el derecho a la vida es protegido también respecto a "persons located outside any territory effectively controlled by the State, whose right to life is nonetheless impacted by its military or other activities in a direct and reasonably foreseeable manner"[53].

3.2. ¿Es la jurisprudencia del TEDH suficientemente coherente?

La jurisprudencia del TEDH, en la medida en que asume como referente su decisión de admisibilidad en el *asunto Banković y otros*, resulta ambigua[54] y perfila argumentos y conclusiones con un lenguaje confuso en lo jurídico, que dificultan en alguna medida el análisis tendencial de conjunto.

3.2.1. La territorialidad como referente primario de la jurisdicción

No es fácil admitir en su integridad el punto de vista del TEDH cuando mantiene de manera constante que, más allá de que la jurisdicción estatal sea básica y primariamente territorial, otros fundamentos son excepcionales[55]: i) porque, con los límites que puedan desprenderse del ordenamiento jurídico internacional (por ejemplo, del principio de no intervención), la extensión de la jurisdicción a partir de las normas jurídicas internas goza, en buena medida, de permisividad desde el prisma del derecho internacional general; y ii) porque, al menos desde la perspectiva de las competencias personales, es perceptible cómo el ordenamiento jurídico internacional de un modo u otro potencia la extensión de la propia jurisdicción en sectores normativos que protegen a la persona humana —derecho internacional

---

[53] Comité de Derechos Humanos, "General comment n.º 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life", *Document CCPR/C/GC/36*, 15, § 63: el Comité contra la Tortura ha indicado, también en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, el concepto de *todo territorio que esté bajo su jurisdicción*, "incluye cualquier territorio o instalación y es aplicable para proteger a toda persona, sea o no nacional y sin discriminación, que esté sujeta al control de jure o de facto de un Estado Parte" (Comité contra la Tortura, "Observación general n.º 2 (2008). Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes", *Documento CAT/C/GC/2*, 3, § 7).

[54] Erik Roxstrom, Mark y Gibney y Terje Einarsen, "The NATO Bombing Case (Bankovic et al. *v.* Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection", *Boston University International Law Journal*, 23 (2005): 75.

[55] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], n.º 52207/99, § 61, ECHR 2001 XII.

de los derechos humanos, derecho internacional humanitario o derecho internacional penal—.

Complementariamente, *a priori* la orientación jurisprudencial sugiere que, si un Estado Parte no tiene *autoridad* conforme al derecho internacional general (jurisdicción sustentada en la ley), sus actos ejecutivos en principio no se encontrarían dentro de la jurisdicción estatal conforme al artículo 1 CEDH; tal percepción es abonada por Milanovic sobre la base de ese mismo derecho internacional general con el ejemplo reproducido al final del Apartado 3[56]. Se está, por consiguiente, ante una fundamentación solo en sentido *de iure*[57].

Aun partiendo de que la jurisdicción estatal deba tener una base jurídica interna o internacional, cabe siempre preguntarse en qué medida la ausencia de fundamento jurídico o la extralimitación conductual respecto al mismo impide de manera taxativa considerar que el Estado ha actuado conforme a su jurisdicción en materia de derechos humanos y la razón por la cual el TEDH resulta ambiguo al respecto a la vista del conjunto de su jurisprudencia:

- La máxima efectividad de los derechos humanos, objetivo teleológico del CEDH, de alguna manera exige que el Estado Parte al actuar fuera de su territorio atenga su conducta a esta necesidad político-jurídica (máxime si algunas de las disposiciones del CEDH reflejan obligaciones jurídicas internacionales de *ius cogens*). No parece de recibo, por ejemplo, que se excluya como acto ejecutivo propio de la jurisdicción estatal la privación extraterritorial de la vida sin base jurídica alguna o extralimitándose respecto a la base jurídica existente. En el *asunto Issa y otros* se ve cómo el TEDH solo se ve abocado a no condenar a Turquía, no porque considere que es

[56] Apuntar aquí la curiosa reflexión de Marko Milanovic que puede contrastarse con la sentencia del TEDH en el *asunto Isayeva y otros* (véase nota 13), admitiendo que la Federación Rusa ofrece una justificación legal en la autorización de la operación militar: "If the Royal Air Force were to drop a bomb or two on Bristol and Belfast, it would not be an exercise of United Kingdom's jurisdiction any more that it was when it bombing Belgrade, since the act itself would not be meant to enforce a previously prescribed title of domestic law". Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, 30.

[57] Roxstrom, Gibney, Einarsen, "The NATO Bombing Case", 88.

decisiva la falta de base jurídica para privar de la vida y torturar a familiares de los demandantes, sino porque no se consigue demostrar el control efectivo sobre el área territorial concernida[58] —cuestión muy diferente—. No parece suficiente tener por cierto que según otras normas jurídicas internacionales se puede certificar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

- A tenor de la exigencia por el artículo 5,1 de que toda detención se ajuste a la legalidad, mientras en la mayoría de los supuestos de hecho el acto ejecutivo extraterritorial se justifica en la legislación interna, en casos como el *asunto Medvedyev y otros* esta se apoya en una base jurídica internacional. Es decir, la lógica de una detención extraterritorial implica necesariamente que exista una base para asumir la adecuación al artículo 5,1 CEDH —por lo que la posible insuficiencia o extralimitación de los poderes es implícita al derecho humano y debería dejarse de lado como factor de delimitación de la existencia de la jurisdicción—[59].

3.2.2. ¿Qué control extraterritorial justifica la existencia de jurisdicción?

A la vista de la jurisprudencia del TEDH, la idea de control efectivo pretende ser un referente para la evaluación por el TEDH en supuestos en que —no se debe olvidar— está en juego la libertad, la integridad e incluso la vida de los individuos, o el Estado Parte debe asumir las hipotéticas consecuencias jurídicas de tales atentados.

La diferenciación, desde el prisma del dominio territorial, entre control efectivo y control general (*asunto Loizidou*) abre la perspectiva de una relativización de esa dimensión territorial del control, sustentada en un concepto de amplio espectro, que abarca desde la vinculación con poderes y autoridades de facto, a una menos permanente y más abierta

---

[58] Williams Joanne, "Al Skeini: A Flawed Interpretation of Bankovic", *Wisconsin International Law Journal*, 23 (2005): 701.

[59] La jurisprudencia en torno a las detenciones fuera del propio territorio parece orientarse en ese sentido, focalizando el asunto en la existencia de una situación de custodia que implica un control real sobre el detenido, planteamiento más propio de una visión próxima a la *jurisdicción personal*.

autoridad sobre el territorio —y, en esa medida, constituyendo un test funcional para el supuesto de hecho—[60].

Con todo, lo más relevante es pensar en cuál es la racionalidad teleológica de las normas jurídicas incluidas en el CEDH —máxima efectividad de los derechos y libertades de toda persona bajo la jurisdicción estatal— para entender que el control efectivo sobre un territorio ajeno implica tanto el control "over the behavior of its own agents (which it is presumed to have regardless of where these agents act) but also has the power to affect the behavior and interests of all human beings on that territory to a certain degree and to a certain extent"[61].

En este sentido, pensando tanto en los supuestos de hecho relacionados con detenciones extraterritoriales o custodia de personas fuera del territorio estatal o en actos ejecutivos que implican el uso de la fuerza con resultado de muerte (incluidos los asesinatos selectivos), parece que el TEDH ha ido extendiendo la jurisdicción a supuestos de hecho en que el Estado Parte "is in a position to control the exercise of individual rights, because the exercise of jurisdiction fills the gaps in international human rights protection and avoids legal black holes"[62] —por ejemplo, un detenido bajo custodia de las autoridades estatales mientras es llevado al Estado Parte—. En la medida en que ello ha supuesto focalizar la jurisdicción "instead on the exercise of control over persons rather than territory", la línea jurisprudencial parece ir alejándose de la posición inicial[63]; y, asimismo, supone ir aceptando que debe ser extrapolado al régimen jurídico especial que se desprende del CEDH la dualidad conceptual que revierte en la modelación de la jurisdicción (territorial y personal)[64].

---

[60] Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, 141.

[61] Roxstrom, Gibney, Einarsen, "The NATO Bombing Case", 91.

[62] Marek Szydlo, "Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights after Al-Skeini and Al-Jedda", *International Journal of Criminal Law*, 12 (2012): 291.

[63] Natasha Holcroft-Emmess, "Life after Bankovic and Al-Skeini v. UK: Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention on Human Rights", Oxford University Undergraduate, 11 (2012): 18.

[64] Samantha Miko, "Al-Skeini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights", *Boston College International and Comparative Law Review*, 35 (2012): 79.

El TEDH ha señalado igualmente:

> a State may also be held accountable for violations of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating, whether lawfully or unlawfully, in the latter State. […] Article 1 [CEDH] cannot be interpreted so as to allow a State Party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State which it would not be permitted to perpetrate on its own territory[65].

Es importante señalar cómo el TEDH, por ejemplo, ha considerado que existía jurisdicción turca respecto a la muerte de ciudadanos iraníes en las proximidades de la frontera mutua, sin que fuese ni tan solo necesario ubicar la localización exacta del helicóptero a un lado u otro de la frontera, ya que el Estado Parte "had already admitted that the fire discharged from the helicopters had caused the killing of the applicants' relatives, who had been suspected of being terrorists", partiendo de que estaban los ciudadanos iraníes bajo "State's authority and control through its agents operating"[66].

De alguna manera, la dirección emprendida permite, profundizando en la asunción del modelo de jurisdicción personal, admitir más claramente la posibilidad de encuadrar entre los supuestos de hecho que son competencia del TEDH actos instantáneos como los que fundamentaron la demanda en el *Asunto Mansur PAD*, de manera que el uso de la fuerza sin control efectivo de carácter territorial y con resultado de muerte sea posible objeto de decisión jurisdiccional.

3.2.3. Jurisdicción y obligaciones jurídicas conforme al CEDH

Dejando de lado la evidencia de que paulatinamente se ha ido desterrando de la jurisprudencia del TEDH la posibilidad de encauzar las cuestiones jurídicas hasta ahora planteadas solo dentro un escenario en que el

---

[65] *Ben el Mahi c. Netherlands* (dec.), Application 5853/06, diciembre 11, 2008, 8.

[66] *Mansur PAD and Others against Turkey* (dec.), Application n.º 60167/00, §§ 53-54, octubre 19, 1999; el caso no fue admitido por falta de agotamiento de recursos internos.

espacio jurídico derivado del CEDH sea muy restringido (los territorios de los Estados Partes) o de admitir la hipótesis limitativa del artículo 56 CEDH ya mencionada[67], la posibilidad de que las formas de control sobre el individuo que implican el ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH abarquen un modelo territorial y un modelo personal, tiende a potenciar la efectividad de conjunto del CEDH, atendiendo a los diferentes supuestos de hecho a que apuntan. Sobre todo, lo hace mejor que si todo el fundamento de la jurisdicción estatal por actos ejecutivos extraterritoriales se ajustase al modelo territorial.

Partiendo de que la obligación jurídica de los Estados, a tenor del artículo 1 CEDH, es la de garantizar (*secure*) los derechos y libertades previstos en el CEDH y sus Protocolos, una aproximación territorialista de la jurisdicción (a partir de la idea de un determinado nivel de control) coarta la completa construcción de un modelo de protección de los derechos y libertades por actos ejecutivos extraterritoriales (especialmente, respecto a la vida).

Así, la hipotética exclusión como actos de la jurisdicción del Estado Parte de acciones o conductas que no se realizan dentro de un contexto de control efectivo o general sobre el territorio, están dejando fuera teóricamente de la responsabilidad del Estado obligado por el CEDH y sus Protocolos posibles comportamientos, como asesinatos selectivos u operaciones militares extraterritoriales con resultado de muerte por falta de diligencia, referidos a las obligaciones negativas del Estado de evitar en cualquiera de sus actuaciones la violación del CEDH, es decir, "to those negative obligations, the State's liability should thus apply to the conduct of State's agents anywhere in the world, including situations of projection of power"[68].

---

[67] El art. 56 CEDH está pensando claramente para territorios coloniales, de manera que de modo diferenciado: "If a Contracting State were to occupy a territory and set up local authorities to govern that territory, it would automatically assume full responsibility for the conduct of such authorities. If a Contracting State were to occupy a territory and set up local authorities to govern that territory, it would automatically assume full responsibility for the conduct of such authorities". Roxstrom, Gibney, Einarsen, "The NATO Bombing Case", 96.

[68] Sperotto, "Ten Years after Bankovic", 16. La jurisprudencia territorialista podría sugerir "that a Contracting State, in the course of unlawfully occupying a particular territory, will have no (or only a very minimal) obligation to respect the rights set forth in the Convention on that

Consideraciones finales

La jurisprudencia referenciada del TEDH —también la que no lo ha sido, pero la desarrolla— ha tendido a plantear una fórmula específica de comprensión de la jurisdicción que no se ajusta completamente a la conceptualización de la misma en el derecho internacional general —una suerte *lex specialis* que, de alguna manera, puede también repercutir en el alcance especial de la atribución de la responsabilidad por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos conforme al CEDH—. En la jurisprudencia del TEDH, en este sentido, se relativiza la importancia de la disponibilidad de base jurídica justificativa de la jurisdicción en favor de una comprensión fáctica que se focaliza primero en el control territorial, para, progresivamente, acuñar la potencialidad justificativa de la existencia de jurisdicción en el modelo personal de jurisdicción.

La lógica teleológica define los términos de este régimen jurídico internacional especial: la persona es el centro del régimen jurídico definido por el CEDH y la efectividad de los derechos y libertades reconocidos, la prioridad sistémica del espacio jurídico (re)definido. No obstante, esto no significa que la evolución jurisprudencial no esté llena de ambigüedades y claroscuros, que en algún momento han podido dibujar escenarios de ausencia de responsabilidad o incluso de impunidad, así como deficiencias de orden interpretativo. Hay decisiones jurisdiccionales, así mismo, como el *asunto Banković y otros*, que, desgraciadamente, son "a clear example of how Western interests are served —at the same time that the Court maintains a neutral façade of upholding the rule of law and universal values"[69].

Bibliografía

Carrillo Salcedo, Juan Antonio. "The European Convention on Human Rights". En *International Human Rights Law in a Global Context*, 359-404, editado por Felipe Gómez Isa and Koen de Feyter. Bilbao: University of Deusto, 2009.

territory —until it has secured full and absolute control over it, when suddenly its obligations under the Convention (both positive and negative) will apply with full force", Roxstrom, Gibney, Einarsen, "The NATO Bombing Case", 92.

[69] Roxstrom, Gibney, Einarsen, "The NATO Bombing Case", 133.

Casadevall, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudència*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Holcroft-Emmess, Natasha. "Life after Bankovic and Al-Skeini v. UK: Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention on Human Rights". *Oxford University Undergraduate* 11 (2012): 11-68.

Mann, Frederick Alexander. "The Doctrine of Jurisdiction in International Law". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 111 (1964): 1-162.

Mann, Frederick Alexander. "The Doctrine of Jurisdiction revisited after Twenty Years". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 186 (1984): 10-115.

Miko, Samantha. "Al-Skeini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights". *Boston College International and Comparative Law Review* 35 (2012): 63-79.

Milanovic, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*. Oxord: Oxford University Press, 2011.

Mowbray, Alastair. "The Creativity of the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review* 5 (2005): 57-79.

Roxstrom, Erik, Gibney, Mark y Einarsen, Terje. "The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection. *Boston University International Law Journal* 23 (2005): 55-60.

Ryngaert, Cyril. "Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights Al-Skeini and others v United Kingdom App n.º 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011)". *Merkourios* 28 (2012): 57-60.

Sperotto, Federico. "Ten Years after Bankovic". *Global Jurist* 12 (2012): 1-24.

Szydlo, Marek. "Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights after Al-Skeini and Al-Jedda". *International Journal of Criminal Law* 12 (2012): 271-291.

Williams, Joanne. "Al Skeini: A Flawed Interpretation of Bankovic". *Wisconsin International Law Journal* 23 (2005): 687-721.

Progresividad: apreciación de los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los DESCA a la luz de la responsabilidad del Estado de Guatemala:
caso Cuscul Pivaral y otros *vs*. Guatemala

Mónica Alejandra Sales Juárez*

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no posee abundante jurisprudencia respecto a los DESCA, sin embargo, en los últimos años, ha desempeñado un rol interesante al ampliar el alcance y contenido del artículo 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, abordando una interpretación amplia y garante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, desde su justiciabilidad y exigibilidad en una aproximación a la progresividad expedita y eficaz de estos, y, en ese sentido, responsabilizó al Estado de Guatemala por la violación al principio de progresividad y al derecho a la salud.

* Doctoranda en Derecho Constitucional Internacional y magíster en Criminología Aplicada de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Palabras clave: derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad, derecho a la salud.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights doesn't have abundant jurisprudence regarding economic, social, cultural and environmental rights. However, in recent years, it has played and interesting role in expanding the scope and content of article 26 of the American Convention on Human Rights, making a broad and guarantor interpretation from its justiciability and enforceability in an approach to effective and progressive realisation of these. In that sense, Guatemala was responsible for violating the right to health and the principle of progressivity of human rights.

Keywords: Economic, social and cultural rights, justiciability, right to health.

1. Aproximación histórica al reconocimiento de los DESCA

Es necesario hacer mención de algunos antecedentes históricos al respecto. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se empezaron a reconocer como derechos a partir de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, así como en la Declaración Americana de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero es con la Declaración de Derechos Jacobina de 1793 que su reconocimiento se dio tal y como se conocen en la actualidad, por el contrario, del resto de declaraciones que enmarcaban los DESC como derechos civiles y políticos.

Cada uno de estos precedentes representaron el desarrollo histórico de reconocimiento internacional de estos derechos, pero fueron las condiciones históricas de sometimiento inhumano de explotación para la clase obrera las que promovieron una nueva etapa en el estado de conciencia sobre las necesidades básicas del hombre, demandando mejores condiciones de vida, trabajo y bienestar social. Es así como nacen los DESC, obligando a los Estados a adoptar de manera positiva todas las acciones que garanticen el ejercicio, goce y disfrute de estos derechos.

De esta manera inicia el proceso de constitucionalización de estos derechos al orden jurídico de los Estados, siendo México el primer país cuya Constitución de 1917 reconoce los derechos humanos de carácter

civil y político, así como económicos, sociales y culturales, y siguiendo dicha corriente, la Constitución rusa de 1918 desarrolla ampliamente los derechos del pueblo trabajador y explotado, marcando un camino de oposición a lo que se entendía hasta entonces como derechos humanos: derechos económicos, sociales y culturales, reivindicando los derechos económico-sociales. En esa misma línea, aparece la Constitución alemana de Weimar de 1919, y posteriormente, Uruguay incorpora a su Constitución estos derechos en 1934.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados firman la Carta Fundacional de las Naciones Unidas en las que proclaman los derechos fundamentales del hombre, su dignidad y el valor de la persona humana en virtud de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. De esta manera se presentó una nueva corriente avanzada de constitucionalización e internalización de los derechos humanos, poniendo no solo énfasis en los derechos civiles y políticos, sino también de los económicos, sociales y culturales. Lo que trajo consigo en 1966 la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos que se derivan de la fragmentación de los derechos humanos durante la Guerra Fría, pero que a su vez emerge la reivindicación del reconocimiento general e internacional de estos derechos, colocándolos en la misma posición de importancia, subrayando así la idea de su interdependencia e indivisibilidad.

Alrededor de estos acontecimientos, la comunidad internacional fue desarrollando progresivamente el derecho internacional de los derechos humanos, avanzando en el reconocimiento de nuevos derechos humanos, dotándolos de contenido y alcance actualizado de conformidad con las nuevas realidades. En ese avance normativo internacional, América Latina se vio obligada a adoptar medidas de protección y garantía para el ejercicio tanto de los derechos civiles y políticos como los DESCA. Se destaca del advenimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) durante la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, donde se aprueba y suscribe la Carta de la Organización de Estados Americanos, además, se suscribieron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (incluso antes que se aprobara la Declaración Universal de Derechos Humanos), y la Carta Internacional Americana de Garantías

Sociales, instrumento en el que se complementa lo que respecta a los derechos sociales consagrados en la Declaración Americana.

A partir de esta Declaración, en la región se inicia el proceso de codificación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y es durante la celebración de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo en San José de Costa Rica, donde, contemplando las proposiciones y observaciones dadas por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, se aprobó en 1969 el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José. Dicha Convención articula de manera sistemática los derechos y libertades fundamentales, además de hacer referencia a los derechos civiles y políticos, y a los derechos económicos, sociales y culturales, estos últimos, de forma muy general.

2. Progresividad de los DESCA en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Buscando la exigibilidad y justiciabilidad de esta categoría frente a las obligaciones estatales, se introdujo al sistema interamericano un protocolo adicional a la Convención (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"), instrumento que impone a los Estados las mismas obligaciones que se dieron a conocer en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reafirmando y reconociendo que los derechos esenciales del hombre tienen fundamento como atributos de la persona humana, razón por la cual se justifica y amplía su protección internacional. Su importancia radica en la necesidad de diferenciar los DESC de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferencias categóricas de estos constituyen la base en el reconocimiento de la dignidad humana, por lo que exigen una tutela permanente, vigente y plena, buscando consolidar, perfeccionar, desarrollar y proteger tanto en ámbito universal como regional, estos derechos.

Así pues, este Protocolo contiene el elenco completo de los DESC, facultando a órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, previendo exclusivamente la justiciabilidad en caso de violaciones a estos derechos, con intervención de

la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, destaca que los Estados se ven obligados a adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles, tomando en cuenta el nivel de desarrollo del país, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que contempla.

La expresión "el máximo de recursos disponibles" responde al esfuerzo que los Estados deben realizar según sus posibilidades de lograr la efectividad y progresividad de estos derechos, esfuerzos que se traducen en recaudación de impuestos, ejecución de presupuesto, el uso eficaz de recursos, cooperación internacional, políticas públicas, entre otros. Otra previsión importante del Protocolo es el reconocimiento convencional del derecho de toda persona a un medio ambiente sano, expresando que se tiene derecho a vivir en un medio ambiente saludable y a contar con los medios necesarios para su protección, conservación y mejoramiento; de esta forma, se consolida la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los DESCA erigen una nueva puerta para la exigibilidad de verdaderos derechos frente al Estado de acuerdo con su obligación de emprender todos los esfuerzos necesarios para garantizar su ejercicio, en virtud de la dignidad humana, vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, salud, vivienda, alimentación, seguridad social, educación, cultura y medio ambiente. Contribuyendo, además, como herramientas jurídicas útiles para revertir realidades adversas como la desnutrición, analfabetismo, desempleo, pobreza y desigualdad, entre otros fenómenos sociales que vulneran la dignidad humana. A su vez, constituyen la base esencial para la supervivencia de las personas y, en concreto, para alcanzar un nivel de vida adecuado y una vida digna en la que se puedan satisfacer necesidades básicas.

De conformidad con la evolución histórica de los derechos humanos, se reconoce la existencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como una nueva interpretación de los derechos humanos desde su colectividad. Caracterizando la necesidad de obtener la cooperación entre grupos con el fin de enfrentar eficazmente los problemas globales, en consonancia con la satisfacción de necesidades básicas para un nivel de vida adecuado y respecto a su intrínseca dignidad para

la consecución de su desarrollo integral, tanto en el plano individual como colectivo.

No obstante, desde el inicio, se debatió sobre las tesis que negaban su carácter de verdaderos derechos, al considerarlos no exigibles o justiciables, descalificándolos como derechos humanos. Por mucho tiempo se estimó que los DESCA son principios o directrices de políticas públicas a lo interno de cada Estado, a modo de dar cumplimiento a compromisos internacionales respecto al goce de determinados derechos y la satisfacción de metas y fines esenciales del Estado, no precisando en la importancia del reconocimiento, protección y garantía del ejercicio de estos como derechos humanos.

Partiendo de la constitucionalización e internalización de esta categoría de derechos humanos, los Estados al ratificar tratados internacionales al respecto se obligan de buena fe a respetar y garantizar la realización de los DESCA. Sin embargo, la tradición constitucional iberoamericana en la materia los cataloga como normas programáticas, no justiciables, de modo que su valor resulta simbólico o político y de efecto obligacional positivo para el Estado, en el sentido de otorgar prestaciones para la realización de estos, es decir, requiere de la disposición del Estado para su cumplimiento, y de la abstención de este en la ejecución de acciones que restrinjan el ejercicio de los mismos.

De esto se desprende la idea de interpretar las obligaciones estatales respecto a los derechos de carácter económico, social, cultural y ambiental, como garantías sociales, desde la protección de la persona en tanto es integrante de un grupo social. En ese sentido, Fried van Hoof propone los siguientes niveles: i) la obligación de respeto consiste en la limitación al ejercicio del poder estatal para evitar la vulneración de la dignidad humana; ii) la obligación de garantía, que no es más que el deber de los Estados de tomar medidas necesarias que permitan el goce pleno y efectivo de los derechos humanos; iii) la obligación de protección se dirige al acceso efectivo a los bienes que constituyen el objeto del derecho; iv) la obligación de la promoción se caracteriza por el deber de desarrollar las condiciones necesarias para que los titulares de dichos derechos accedan al bien[1].

---

[1] G. Van Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en *The Right to Food*, editado por P. Alston, y K. Tomasevski, 97-110, (Utrecht: Martinus Nijhoff), 1984.

Desde estos niveles de interpretación de los DESCA, parece claro que es el Estado el encargado de establecer la normativa respectiva, la actuación administrativa de sus órganos e instituciones, destinando los fines esenciales del Estado en la creación de condiciones necesarias para la plena efectividad de estos derechos, evitando injerencias o restricciones en el acceso a estos desde las obligaciones a su cargo. En ese caso, la justiciabilidad y exigibilidad recae en el reconocimiento y disponibilidad de medios para velar por el cumplimiento y acceso a estos, debiendo señalar que las violaciones sobre los DESCA se derivan del incumplimiento de las obligaciones del Estado. La protección internacional e interna de los DESCA no es suficiente cuando existen barreras que impiden el adecuado acceso y reclamo a estos derechos, es decir, su justiciabilidad se retiene desde que no existen los medios necesarios para hacerlos valer como derechos subjetivos ante eventuales incumplimientos de las obligaciones prestacionales estatales.

De lo anterior se desprende la obligación estatal del desarrollo progresivo de los DESCA de acuerdo con lo consagrado en la Convención Americana en su artículo 26. Esos derechos, contienen dos tipos de libertades: frente al Estado y a través del Estado, esto quiere decir que, se definen en ordenamientos nacionales, regionales y globales, su aceptación como derechos humanos genera obligaciones jurídicas para los Estados, que han de garantizar que todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción puedan disfrutar de esos derechos y ofrecer los mecanismos de recursos en caso de arbitrariedades, lo que incluye la expedición de leyes, creación de instituciones y la implementación de políticas públicas.

Respecto a la protección de los DESCA, la Corte, por su parte, ha desempeñado una labor trascendental, pues además de los casos contenciosos en los que se ha pronunciado y que constituyen la razón de su existencia, también ha dotado de sentido y alcance concreto a numerosos derechos humanos, principalmente los consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a las reglas de procedimiento para casos individuales. Dicha labor ha permitido la adecuación y armonización de estándares internacionales a las normas internas de acuerdo con las nuevas realidades y contextos sociales que se presentan, en pocas palabras, ha determinado la dirección de la evolución paulatina

del sistema interamericano en lo particular y en el derecho internacional de los derechos humanos.

De conformidad con lo anterior, la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA desde los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, comprende: la justiciabilidad o posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado se sustenta en un sistema legal que comprende instancias judiciales y administrativas, mientras que la exigibilidad se orienta en la posibilidad de instalar demandas a través de la acción colectiva, es decir, se cimenta en la institucionalidad para transformarla, otorgándole legitimidad. Parte de la base de las obligaciones que los Estados asumen al formar parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de someterse a la jurisdicción de la Corte IDH, adoptando leyes locales para armonizar los sistemas legales internos con los estándares internacionales. Los procedimientos justiciabilidad y exigibilidad remiten en general a la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

3. Rol garante e innovador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Cuscul Pivaral y otros *vs*. Guatemala

La constante discusión sobre los DESCA poco a poco ha quedado atrás, en gran medida por los fallos históricos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en los últimos años, marcando un parteaguas en la interpretación dogmática, de la justiciabilidad y exigibilidad de estos derechos desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre todo, cuando años atrás se limitaba a conocer violaciones directas a los DESCA.

De lo anterior se desprende el hito histórico que la Corte IDH, como tribunal internacional y de la jurisdicción contenciosa reconocida por el Estado de Guatemala, ha emitido en una sentencia en el caso Cuscul Pivaral y otros[2] donde responsabiliza al Estado guatemalteco por el incumplimiento de su deber de otorgar protección al derecho a la salud;

[2] Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*, sentencia del 23 de agosto de 2018.

en esta misma inacción estatal se constituyó una violación al principio de progresividad previsto en la Convención, en virtud de que la realización progresiva de los DESCA prohíbe la inactividad estatal por implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos.

La CIDH sometió el caso Cuscul Pivaral y otros en contra de la República de Guatemala ante la Corte IDH el 2 de diciembre de 2016. El caso refiere a la presunta responsabilidad internacional del Estado guatemalteco por la violación de múltiples derechos consagrados en la Convención Americana en perjuicio de 49 presuntas víctimas diagnosticadas con VIH entre los años 1992 y 2003.

De acuerdo con lo establecido por la CIDH, hasta los años 2006 y 2007 tuvo lugar la falta total de atención médica estatal a dicho grupo de personas que viven con VIH y además, en situación de pobreza, determinando que esta omisión tuvo un grave impacto en su situación de salud, vida e integridad personal. A partir del período referido, el Estado implementó algunos tratamientos pero la atención no fue integral ni adecuada, por lo que se consideró que dichas deficiencias continuaron violando los derechos a la salud, vida e integridad personal en perjuicio de las víctimas sobrevivientes. Así mismo, se determinó que la muerte de ocho de las presuntas víctimas tuvo lugar como consecuencia de enfermedades conocidas como oportunistas, o bien en el marco temporal en el que no recibieron atención por parte del Estado, o tras una atención deficiente.

La CIDH también agregó que el recurso de amparo interpuesto en el año 2002 ante la Corte de Constitucionalidad no proveyó de una protección judicial efectiva a las presuntas víctimas. Además, señaló que los familiares o de vínculo más cercano a las presuntas víctimas sufrieron afectaciones a su integridad psíquica y moral.

Este caso hace referencia a 34 personas que actualmente viven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en Guatemala, 15 de estas personas que vivieron con esta condición pero que ya han fallecido. La procedencia del caso, conforme la CIDH, fue la violación a los derechos humanos por la falta total de atención médica a dicho grupo previo a los años 2006 y 2007, por la deficiente atención médica recibida con posterioridad a esos años y por la falta de protección judicial por parte de la Corte de Constitucionalidad.

Según la Organización Mundial de la Salud, el uso temprano del TARV para personas que viven con VIH reduce el riesgo de trasmitir el virus. De igual forma, ha establecido que la atención al VIH/SIDA no solo requiere atención a las personas portadoras sino también a sus parejas aunque no sean portadoras. Señalando que el acceso universal al TARV es cuestión de salud pública, pues es un mecanismo que permite una reducción de la transmisión del virus en la población. Para el año 2013, según cifras de la Organización Panamericana de la Salud, la epidemia del VIH se calificó como concentrada en Guatemala, ya que reportaba una prevalencia en la población general menor al 1% y se estima que cada año se suman más de 7.000 casos nuevos, colocando al país como el de mayor número de personas viviendo con VIH en Centroamérica.

El marco jurídico guatemalteco contiene diversas disposiciones relativas a la protección del derecho a la salud y a las obligaciones del Estado relacionadas con la atención a personas con VIH/SIDA. En lo que respecta al tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y el SIDA, el Código de Salud establece como responsable al Ministerio de Salud de formular, evaluar y supervisar acciones dirigidas al control de estas enfermedades, así mismo, dispone que los establecimientos públicos y privados del sector deben proporcionar a los portadores de estas enfermedades y de sus contactos acceso al diagnóstico etiológico y a la atención de salud, en condiciones de respeto por su integridad personal y la confidencialidad del caso.

La Ley General para el combate al VIH/SIDA reconoce dicha enfermedad como un problema social de urgencia nacional, teniendo por objeto la implementación de mecanismos para la educación, prevención, vigilancia, epidemiología, atención, investigación y seguimiento de estas infecciones. Destacando, además, que deberán recibir atención integral inmediata, en condiciones de igualdad y confidencialidad, respetando la voluntad, dignidad e individualidad de cada paciente, así como garantizar la protección y defensa de los derechos humanos de las personas afectadas.

El Estado de Guatemala ha adoptado diversas medidas de política pública encaminadas a prevenir y atender el VIH/SIDA a partir de 1985. Adicionalmente, diversos organismos internacionales y de la sociedad civil han proporcionado ayuda económica o tratamientos a personas con VIH/SIDA en Guatemala. En lo que respecta a la atención, el Ministerio de Salud comenzó a proveer medicamentos antirretrovirales en 1999. Según

información remitida al Tribunal, para los años 2007 y 2008, la cobertura de tratamiento antirretroviral en Guatemala fue del 43%. Para el año 2013, la Secretaría de Planificación de la Presidencia de la República señaló que aproximadamente el 50% de la población (adultos y niños) estimada con VIH recibió tratamiento antirretroviral. En ese sentido, el Ministerio de Salud ha resaltado la necesidad de reposicionar políticamente el objetivo de acceso universal y cubrir a un porcentaje mayor de las personas que necesitan tratamiento antirretroviral en Guatemala.

3.1. De la progresividad y no regresividad

De acuerdo con las consideraciones de la Corte IDH, y de los hechos probados, en el presente caso la controversia central se refiere a que el Estado guatemalteco es responsable por la violación al artículo 26 de la Convención Americana, por la afectación al derecho a la salud de las personas víctimas como personas que viven con VIH; la violación a los artículos 4 y 5 del mismo cuerpo legal, por el impacto que la atención médica deficiente o la falta de esta pudo tener en la integridad personal y la vida de las personas referidas, lo anterior, debido al fallecimiento de 13 personas como resultado de enfermedades oportunistas, así como por el detrimento de la salud física y psicológica que habrían sufrido las presuntas víctimas con motivo del tratamiento médico inadecuado.

La Corte ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención (derecho consagrado en su artículo 4), por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos, esto quiere decir que los Estados deben adoptar todas las medidas para proteger y preservar este derecho, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción; y en la verificación de las distintas omisiones en la atención médica brindada a las personas fallecidas, el Estado efectivamente incumplió en su deber de asegurar una terapia antirretroviral, la atención y tratamiento del VIH y enfermedades oportunistas y de proveer apoyo social.

Respecto al derecho a la integridad personal, el tribunal internacional destacó que los pacientes que viven con esta enfermedad pueden experimentar graves sufrimientos como resultado de las secuelas físicas y psíquicas que conlleva dicho padecimiento y de factores sociales que resultan de su condición, de esto, que la Corte acredita que 46 presuntas

víctimas sufrieron secuelas derivadas de la falta de un adecuado tratamiento médico, en consecuencia, el Estado es responsable por la garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 de la Convención. Así mismo, los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas, por lo que la Corte responsabilizó al Estado por la violación al derecho a la integridad personal en relación con la obligación de respetar los derechos en perjuicio de los familiares de las víctimas.

Aunado a lo anterior, la Corte fue tajante al responsabilizar al Estado de Guatemala, de acuerdo con el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos de los guatemaltecos y guatemaltecas bajo su jurisdicción, pues no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por las condiciones generales del caso resulten ilusorios, es decir, para que sea efectivo debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. La responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino requiere que el propio Estado garantice los medios para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que protejan efectivamente los derechos declarados.

Esto hace alusión a recursos como cartas de solicitud al Estado de tratamiento antirretroviral y atención médica para todas las personas diagnosticadas con VIH/SIDA, sin recibir respuesta alguna, inacción que motivó el recurso de amparo interpuesto ante la Corte de Constitucionalidad. En respuesta, el Estado autorizó a través del presidente una partida extraordinaria de quinientos mil quetzales para llenar los requerimientos de las personas. A pesar de esta respuesta, los accionantes sostuvieron que subsistían las razones que motivaron la presentación de la acción de amparo, no obstante, el tribunal constitucional resolvió que la acción intentada por los accionantes quedó sin materia, por haber cesado la conducta reclamada, por lo que declaró improcedente dicho recurso. A lo que la Corte IDH manifiesta que el tribunal constitucional se limitó a analizar a fondo el acto reclamado, violando el derecho a un recurso judicial efectivo por no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada y no verificar si la medida adoptada por el presidente fue la adecuada para remediar el acto reclamado.

La Corte IDH advirtió que el principal problema jurídico que se suscita en el caso referido se relaciona con los alcances del derecho a la salud entendido como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, resaltó que no se puede limitar, impedir o excluir el goce de los derechos reconocidos en esta y reiteró, que las normas en materia DESCA tienen un alcance y naturaleza que deriva en obligaciones de proteger este derecho, tanto en lo que respecta a su exigibilidad inmediata, como de carácter progresiva, es decir, el Estado debe adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas, y a la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dichos derechos desde una vía legislativa o administrativa, judicial o por cualquier otro medio apropiado.

En ese sentido, resalta los objetivos básicos del desarrollo integral, desde la defensa del potencial humano a través de condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna, para la realización de las aspiraciones dentro de un orden social justo, por lo que los Estados deben dedicar sus esfuerzos a la aplicación y realización de una política eficiente de seguridad social, aún más en el contexto de las enfermedades endémicas.

En razón de lo anterior, la Corte IDH advirtió que toda persona tiene derecho a la salud, que esta sea preservada por las medidas sanitarias y sociales relativas a la asistencia médica. Según el Protocolo de San Salvador, toda persona tiene derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, además, entre las medidas que pueden garantizar este derecho señala que los Estados deben impulsar la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, y la satisfacción de las necesidades de salud de grupos vulnerables.

Por tanto, la Corte IDH concluye que este derecho es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, precisando en la obligación general que tiene el Estado de Guatemala de proteger la salud como deber estatal de asegurar el acceso a servicios esenciales de salud, garantizar la prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la

población. La autonomía de este derecho radica en su operatividad desde el deber de regulación hasta la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad, con especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y según la legislación nacional aplicable.

Así mismo, de acuerdo con las consideraciones interseccionales del caso, la Corte IDH consideró la violación al principio de no discriminación, en caso de no haberle garantizado a las presuntas víctimas una atención médica integral que tomara en cuenta sus diversos factores de vulnerabilidad como personas que viven con VIH, especialmente en el caso de mujeres embarazadas. Esto de acuerdo a que el Estado discriminó a las presuntas víctimas del caso al no garantizarles una atención integral, accesible, aceptable y de calidad, tomando en cuenta las diversas situaciones de vulnerabilidad que enfrentaron. Así mismo, se expresa que el Estado no adoptó las medidas de atención integral para las presuntas víctimas que tomaran en cuenta los diversos factores de vulnerabilidad que confluyeron y generaron una forma específica de discriminación resultante en la intersección de dichos factores.

Como condición transversal de la accesibilidad a los servicios de salud, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas, por lo que en la esfera de protección el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación. Resaltando que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca una concepción negativa que se relaciona con la prohibición de diferencias de trato arbitrario, y una positiva, relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real sobre los grupos de mayor riesgo de discriminación en la sociedad, como lo es el caso de personas que viven con VIH, mujeres, personas en situación de pobreza y pobreza extrema. Lo anterior persigue la adaptación de medidas de protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo. En ese sentido, la obligación del Estado guatemalteco en respeto y garantía del derecho a la salud de personas con VIH adquiere una dimensión especial en materia de protección a personas en situación de vulnerabilidad. En consecuencia, la Corte señaló que el no haber prestado tratamiento antirretroviral a mujeres embarazadas dentro del grupo de presuntas víctimas constituyó una forma de discriminación

por razón de género, lo que confluyó de manera interseccional en los que condicionan entre sí los factores de vulnerabilidad, haciendo responsable al Estado de Guatemala por la violación a la prohibición de discriminación en relación con la obligación de garantizar el derecho a la salud.

Por otra parte, y con base en lo dispuesto en el artículo 63 de la Convención, la Corte indicó que en consecuencia de la violación de los derechos mencionados, el Estado incurre en la obligación internacional de reparar adecuadamente los daños producidos en ese sentido. En este caso, la Corte consideró la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, con las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción de garantías de no repetición siguientes: obligación del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones y personal especializado, de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, y psicológico o psiquiátrico a las víctimas directas de violaciones al derecho a la salud y a la integridad personal. Tratamiento que incluye el suministro de medicamentos que requieran oportunamente de forma gratuita, realización de pruebas, apoyo social, y de preservativos, lubricantes y material de inyección estéril como tecnologías de prevención del VIH.

Así mismo, señala que se deben adoptar medidas positivas que permitan el acceso a los centros de salud más cercanos a su lugar de residencia, por el tiempo que sea necesario, siendo el Estado el responsable de asumir los gastos de transporte y alimentación por el día que acudan al centro médico.

Dispone también de la atención psicológica o psiquiátrica, gratuita e inmediata a los familiares de las víctimas que así lo soliciten, incluyendo el suministro gratuito de medicamentos que requieran, tomando en consideración el padecimiento individual. De lo anterior, la Corte subraya la necesidad de que el Estado actúe con especial celeridad en el cumplimiento de estas medidas. También consideró oportuno considerar como medida de satisfacción el otorgamiento de becas en instituciones públicas a aquellas víctimas que sufrieron impacto en su desarrollo personal como resultado de violaciones a sus derechos humanos, y, en virtud de la situación económica, se otorguen becas para estudios universitarios a las hijas o hijos de las víctimas directas que así lo soliciten. Otra medida establecida es la circulación oficial a nivel nacional de la sentencia emitida.

3.2. Avance jurisprudencial a la luz de los DESCA desde la violación al derecho a la salud

De lo anterior, hasta hace unos años, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no habían sido materia de interés del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto varios casos concernientes a esos derechos en lo que se desarrollan líneas jurisprudenciales que implican avances significativos en varios sentidos, ya que marca la pauta para nuevos abordajes en el tratamiento, por parte de la justicia internacional, de aquellos derechos cuya titularidad corresponde al ser humano en virtud de su naturaleza. A esto se une la interpretación evolutiva en materia de DESCA que ha tenido la Corte, resaltando el alcance del catálogo de derechos humanos que se consagran en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En ese sentido, la importancia de la sentencia en el caso Cuscul Pivaral y otros *vs*. Guatemala pone sobre la mesa la responsabilidad internacional de un Estado con respecto a la vulneración directa de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, abriendo un nuevo camino de interpretación de estos derechos; desde la justificación detallada de las razones por las que este tribunal tiene la competencia para conocer violaciones a los DESCA, aborda de manera precisa la aplicación del principio de progresividad de los derechos humanos, define la implicación de la atención de la salud de personas que viven con VIH/SIDA, y, a su vez, ordena e impulsa la creación y ejecución de políticas públicas en materia de salud para los y las guatemaltecas como parte de las medidas de reparación. Es así como los avances en la línea jurisprudencial de este tribunal en el sistema interamericano remarcan con rigurosidad la exigencia de estándares más detallados en materia de salud en la región, para casos de personas que viven con VIH/SIDA.

Los alcances del derecho a la salud a la luz del *corpus iuris* internacional en la materia subrayan las obligaciones adquiridas por los Estados de acuerdo con la determinación de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana, incluidos los reconocidos en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En la utilización de las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional se determina el contenido de los derechos alegados

respecto a la norma convencional y de conformidad con la interpretación que la Corte hace de acuerdo con la Convención Americana, toda vez que señala que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La construcción de un derecho común en materia de protección de los DESCA responde a la interpretación evolutiva y uso de medios interpretativos del derecho internacional.

Desde el análisis de la responsabilidad internacional de Guatemala respecto al principio de progresividad, la Corte consideró que se había violado dicho principio de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, por las alegadas medidas regresivas adoptadas en detrimento de la plena efectividad del derecho a la salud para los guatemaltecos y guatemaltecas referidas en el caso[3].

De lo anterior, la Corte considera que el sentido corriente que se le atribuye a dicha norma es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos los derechos que se derivan de normas en materia DESCA, y, en ese sentido, deben actuar de forma que se logre la efectividad de estos derechos, adoptando todas las medidas posibles para su realización. Así pues, la Corte sostuvo que el Estado de Guatemala, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud, haciendo énfasis en las barreras legales en materia de patentes que impidieron el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público, y de los obstáculos por actos de corrupción.

Desde la exigibilidad inmediata y progresiva de la realización del derecho a la salud, la Corté enfatizó en el marco de flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades de realización, es decir, de adoptar medidas

---

[3] Este precepto señala que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

provisionales y brindar medios necesarios para responder lo antes posible a dicha exigencia, en medida de los recursos de que disponga para ejecutar el cumplimiento de su respectivo compromiso internacional. Esto se traduce en un deber, si bien condicionado, de no regresividad, que no siempre debe ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de dicho derecho. De esta forma, sostiene que las medidas de carácter deliberadamente regresivo requieren especial consideración que deberá justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que el Estado disponga, por tratarse de DESC.

Y derivado de que las obligaciones de realización progresiva de los DESCA requieren continua realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos, la dimensión progresiva de protección reconoce cierta gradualidad para su realización, incluyendo el sentido de progreso, que requiere la mejor efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma que se corrijan desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. En esta lógica, la obligación de la realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado frente a su tarea de implementar acciones para lograr la integral y efectiva protección de los derechos, sobre todo ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o integridad personal, riesgo que enfrentan las personas que viven con VIH. En efecto, la Corte determinó que el Estado guatemalteco incumplió con este deber, en otras palabras, incumplió con sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas y programas que permitan el avance en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho de salud.

La trascendencia de dicho fallo radica en que es la primera vez que la Corte IDH declara violado el citado principio desde dos dimensiones, la exigibilidad inmediata y de progresividad, fijando medidas de reparación acorde a cada una. Mismo principio que ha sido reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala con carácter programático.

Así mismo, brinda una motivación más completa de su competencia para conocer violaciones a los DESCA, de la interpretación de la autonomía del derecho a la salud, y a su vez, estableció estándares más detallados en materia de atención de la salud de personas que viven con VIH/SIDA,

ordenando como medida de reparación la creación de un mecanismo participativo de accesibilidad, disponibilidad y calidad de servicios y atención médica para la población con VIH.

Por otra parte, se sostiene la adopción de acciones estatales en materia de salud desde un enfoque interseccional de la población guatemalteca, de manera que se pueden evitar futuras violaciones a derechos humanos, y que sirva como medio para impulsar al Estado a cumplir de forma progresiva con su deber de proteger los DESCA.

Cabe precisar que las innovaciones jurisprudenciales de la Corte IDH en materia de los DESCA amplían la transformación de la realidad desde la concepción jurídica doctrinaria, motivado un análisis crítico respecto a la eficacia de estas y el marco estratégico necesario para su debido cumplimiento e inclusive reparación. Este fallo abre una importante puerta, ya que este tipo de medida otorgada es acorde a la garantía de materialización de los DESCA, constituyendo un vista eficaz de estos derechos desde la óptica de la integridad, la vida y dignidad de las personas.

Las implicaciones que emanan de la sentencia emitida en el Caso Cuscul Pivaral y otros *vs*. Guatemala traducidas en implementación de políticas públicas en materia de salud parte de la garantía de no repetición. La Corte IDH, tomando en cuenta las violaciones ocurridas en este caso, la información disponible respecto a la falta de tratamiento médico de una parte de la población que vive con VIH en Guatemala, y los objetivos y metas a los que se comprometió Guatemala en relación con la Agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas a fin de hacer realidad los derechos humanos de todos los seres humanos del planeta de forma más rápida, consideró pertinente ordenar al Estado de Guatemala.

Este fallo jurisprudencial en materia de los DESCA fundamenta y confronta la cuestionada justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en razón de la nueva adaptación e interpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre todo, cuando marca un parteaguas en la región respecto a las medidas de prevención y atención para personas que padecen de VIH/SIDA desde las políticas de Estado sobre salud pública. La progresividad de los DESCA depende de múltiples factores, no obstante, la Corte IDH ha sido clara al determinar que el desarrollo de estos derechos, en especial, del derecho a la salud, no debe condicionarse

a la disponibilidad o no de recursos que lo sustenten, considerando que el alcance de las obligaciones establecidas en el artículo 26 evidencia el compromiso estatal de acuerdo con la adopción de medidas económicas y técnicas, así como legislativas, que responden a la efectividad de la realización de los DESCA.

Bibliografía

van Hoof, G. "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views". En *The Right to Food*, editado por Alston, P. y Tomasevski, K. Utrecht: Martinus Nijhoff, 1984.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de agosto de 2018. Serie C, n.º 359.

Organización de los Estados Americanos. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988.

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969.

Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General mediante Resolución 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Congreso de la República de Guatemala. *Código de Salud, Decreto número 90-97*. 1997.

Congreso de la República de Guatemala. *Ley General para el combate del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y de la promoción, protección y defensa de los derechos humanos ante el VIH/SIDA*. 2000.

Aproximación al debate sobre la igualdad de armas en las jurisdicciones penales internacionales
Disparidades materiales e institucionales

Soledad I. Castro*

Resumen

El principio de igualdad de armas ha suscitado un extenso debate destinado a definir su alcance y las implicancias jurídicas de su aplicación en jurisdicciones penales internacionales. Dentro de esa discusión, el presente trabajo hace foco en dos tipos de planteos que sostienen que la igualdad de armas puede verse afectada por disparidades sustantivas, en detrimento de las defensas y —por consiguiente— de los derechos de los acusados. Uno de ellos se concentra en las desigualdades de naturaleza material o de recursos y el otro, en las inequidades derivadas del diseño institucional de los tribunales.

Este estudio revisa —sin pretensión de exhaustividad— distintas medidas y acciones adoptadas con el objeto de dar respuesta a sendos cuestionamientos. En lo concerniente a los planteos por inequidad material, se analizan ciertos aspectos de su tratamiento jurisdiccional y, desde una

* Miembro del Proyecto IUS de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Magíster en Estudios Internacionales, Universidad Torcuato Di Tella. Abogada, Universidad de Buenos Aires. Secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

óptica normativo-institucional, los distintos sistemas de asistencia legal establecidos en estos tribunales. En lo atinente a las desigualdades que pudieran originarse por el diseño estructural de estas cortes, se estudia la evolución del estatus de la defensa dentro de los diferentes esquemas institucionales (oficinas de la defensa) y el surgimiento y desarrollo de las asociaciones internacionales de abogados que litigan ante este tipo de jurisdicción.

Iluminar este debate exige reconocer —y así se concluye— su significativo efecto transformador en la evolución de las normas e instituciones que regulan la defensa ante este tipo de jurisdicción internacional. En última instancia, que los acusados cuenten con la posibilidad procesal y sustancial de ejercer su defensa en forma adecuada constituye una condición más para la legitimidad de estas jurisdicciones y de sus pronunciamientos.

Palabras clave: derecho internacional penal, igualdad de armas, asistencia legal, oficinas de defensa, disparidad material.

Abstract

The principle equality of arms has triggered an extensive debate aimed at defining its scope and the legal implications of its application in international criminal jurisdictions. Within this discussion, the present paper focuses on two types of arguments which —both— state that equality of arms can be affected by substantial disparities, to the detriment of the defenses and, therefore, of the rights of those accused before these tribunals. One of this arguments focuses on material inequalities and the other, on inequities derived from the institutional design of these courts.

This study reviews —without pretension to exhaustiveness— different measures and actions adopted in order to respond to both issues. Regarding material inequity, it analyses relevant jurisprudence and, from a normative-institutional perspective, the different systems of legal assistance established within these courts. Concerning inequalities that could arise from the structural design of these courts, it studies the evolution of the defense status within the different institutional schemes (defense offices) and the emergence and development of international associations of lawyers who appear before these jurisdictions.

To illuminate this debate entails to recognize —and so it is concluded— its significant transformative effect in the evolution of the norms

and institutions that regulate defense before this type of international jurisdiction. In the end, the possibility —procedural and substantive— of adequately exercising the right to defend oneself constitutes a precondition for legitimacy, both of these courts and their pronouncements.

Keywords: international criminal law, equality of arms, legal assistance, defense offices, material disparity.

1. El principio de igualdad de armas y sus implicancias jurídicas

> *"Equality of arms" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case —including his evidence— under conditions that do not place him at a substantial disadvantage* vis-à-vis *his opponent*[1].

El principio de igualdad de armas alude a la paridad entre acusación y defensa y exige que se garantice —durante todo el proceso— un balance justo en las oportunidades que se les reconoce a las distintas partes involucradas en el litigio. Integra el derecho a un juicio justo, a la defensa y al debido proceso. Para que un procedimiento judicial sea equitativo, el acusado no debe ser colocado en una situación sustancialmente desventajosa respecto de sus acusadores en la preparación y presentación de su caso.

La paridad de armas se vincula —así mismo—con el principio de contradicción que, para resguardar el derecho a un juicio justo, impone garantizar que todo elemento que puede influenciar la solución del caso sea objeto de debate entre las partes[2]. También se lo ha concebido como un

---

[1] ECHR/TEDH, Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, Application n.°14448/88, Judgment (Merits and just satisfaction), octubre 27, 1993, Series A n.° 274, p. 19, pará. 33.

[2] Sobre la garantía a un juicio justo y su vinculación con la igualdad de armas en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, ver: Consejo de Europa, "Right to a fair trial", en *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Consultado marzo 20, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_eng.pdf; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2015). La relación entre la igualdad de armas y el principio contradictorio como parte del derecho a un juicio justo ha tenido un desarrollo particular en el derecho europeo. Al respecto, ver: Elisa Toma,

contrapeso al desequilibro natural en favor del fiscal que caracteriza a los modelos judiciales acusatorio-adversariales, es decir, como un resguardo del ciudadano ante la disparidad que lo confronta con el poder punitivo estatal. La Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o ICJ, por sus siglas en inglés) lo reconoció como un principio básico del tribunal[3] y un requisito esencial de la buena administración de justicia[4].

La complejidad conceptual que presenta este principio ha sido atribuida, por ciertos autores, al hecho de entrañar dos funciones que —como se entrecruzan constantemente— terminan siendo confundidas: la igualdad de armas como derecho humano y como aspecto de los sistemas adversariales. Mientras que desde la perspectiva de los derechos humanos, la igualdad de armas sirve para elevar a la defensa y ponerla en paridad con la parte acusadora, en su función adversarial opera como una condición necesaria del contradictorio, donde ambas partes tiene derecho a preparar y presentar adecuadamente su caso[5].

El principio de igualdad de armas no ha sido incorporado como tal a los tratados internacionales de derechos humanos ni a los estatutos de las cortes penales internacionales, pero involucra distintos aspectos protegidos por el derecho a un juicio justo, cuyas salvaguardas procesales básicas se

---

"The principle of Equality of arms —part of the right to a fair trial", *International Law Review*. Consultado marzo 20, 2019, http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/06-Elisa-Toma.pdf. Stefanía Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", *The Netherlands: International Criminal Law Review* 5 (2005): 513-571, 517.

[3] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 25, para. 31; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order, septiembre 13, 1993, ICJ Reports 1993, p. 337, para. 21; Request for Examination of the situation in Accordance with paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order, septiembre 22, 1995, ICJ Reports 1995, p. 296, pará. 28.

[4] Judgment of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaint made against the Unesco, Advisory Opinion, 23 October 1956, ICJ Reports 1956, p. 86. También en: Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 524-525.

[5] Para profundizar en este abordaje conceptual, ver: Masha Fedorova, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, (Cambridge: Intersentia, 2012), 454-462, con cita de: Antonio Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), 385-6.

encuentran previstas en distintas convenciones de derechos humanos, en otros instrumentos internacionales relevantes y en los estatutos de estas cortes[6].

Entre las garantías procesales que resguardan el debido proceso legal y preservan el adecuado ejercicio del derecho de defensa se encuentra el deber de garantizar que el acusado cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar y presentar su defensa:

> One of the principal guarantees of the right to a fair trial is the provision of adequate facilities for an accused person's defense. Trials can only achieve legitimacy if there is "equality of arms" between defense and prosecution. The prosecution of crimes under international law requires not only an effective prosecution office, but also an effective defense. If this is not provided, trials will not be regarded as having been fair, and their verdicts will not be regarded as legitimate[7].

En suma, la igualdad de partes —materializada en la paridad de oportunidades para preparar y presentar el caso— es uno de los más importantes principios generales de derecho que rigen los procedimientos

---

[6] En términos generales: el derecho a conocer la naturaleza y las causas de la imputación formulada en su contra, el derecho a contar con el tiempo o los medios para preparar su defensa, el derecho a un abogado de su elección o el derecho a que se le designe asistencia legal, el derecho a interrogar en iguales condiciones a los testigos propios y de la contraparte, el derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete, entre otros. Cfr. art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 7 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), entre otros. En cuanto a los estatutos, ver los artículos 21 del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY o ICTY, por su sigla en inglés), 20 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR o ICTR, por su sigla en inglés) y 67 de la Corte Penal Internacional (CPI o ICC, por su sigla en inglés), entre otros.

[7] Sylvia de Bertodano, *Report on Defence Provision for the Special Court for Sierra Leone*, (febrero 28, 2003), citado en: Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 552.

judiciales internacionales, donde el derecho a un juicio justo ha sido reconocido como requisito del derecho internacional consuetudinario[8].

2. La desigualdad material e institucional

> *These courts should also provide criminal defense attorneys with better resources, which might allow them to overcome some of the difficulties encountered in investigations… The courts themselves will also need to provide more money… A more formal presence for the defense within the structure of these courts will also increase the likelihood of fair trials*[9].

La igualdad de armas presenta aspectos normativos, procesales y materiales. El presente trabajo no aborda las cuestiones relativas al reconocimiento de derechos sustantivos y garantías procesales para la protección de la paridad (*igualdad jurídica*) ni su ejercicio efectivo en el marco de procesos penales (*igualdad procesal*), sino que hace foco en la *igualdad —o desigualdad— material y en aquella de índole institucional.*

Desde un principio, desbalances materiales e inequidades institucionales han sido materia de planteos judiciales articulados por los abogados defensores ante los distintos tribunales internacionales e internacionalizados, han sido abordados por la literatura especializada y se han erigido en reclamos concretos en el marco de acciones promovidas internacionalmente por actores o sectores de la comunidad jurídica[10].

---

[8] Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Caso n.º IT-95-14/1-A, Appeals Chamber, Judgment 24 March, 2000, para. 104, también citado en: Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 523.

[9] Jacob Katz Cogan, "International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects", *Yale Journal of International Law*, 27, 1 (2002): 138.

[10] En contraposición con esta pluralidad de voces que han denunciado esta problemática, algunos analistas han destacado "NGOs have been unusually silent with regard to the rights of defendants before international courts", circunstancia que se ha atribuido a la reputación de los acusados, a la gravedad de los crímenes imputados atribuidos, e —incluso— se llegó a aseverar: "It also can be explained by the reversal, in the international context, of the typical left/right domestic political alignment on prosecutorial prerogatives. Proponents of the creation of a permanent international institution devoted to the prosecution of genocide, war crimes, and crimes against humanity come mostly from the political left, the domain of the so-called 'soft-on-crime' liberals who tend to think more about the rights of the accused. In their bid

Este estudio examina —justamente— el debate en torno a dos argumentos que sostienen que la igualdad de armas puede verse afectada por disparidades sustantivas, en detrimento de las defensas y —por consiguiente— de los derechos de los acusados. Uno de ellos se concentra en las desigualdades de naturaleza material o de recursos y el otro, en las inequidades derivadas del diseño institucional de los tribunales. A continuación, se analizarán por separado.

3. La desigualdad material o de recursos

The lesson to be learnt from these tribunals is that resources are a fundamental pillar of equality of arms principle[11].

En forma recurrente se ha señalado la manifiesta desigualdad entre los medios y recursos disponibles para la fiscalía de aquellos accesibles a la defensa, en los procesos que se tramitan ante las cortes penales internacionales y los tribunales internacionalizados[12]. La literatura especializada ha ido recopilando múltiples experiencias que contribuyen a comprender la extensión de la problemática aquí planteada[13].

---

for an effective court, they have, contrary to type, taken a position in favour of a strong prosecutor —a stance in tension with the rights of the accused. On the other hand, the opponents of international criminal tribunals, or at least the ICC, usually come from the political right… less sensitive to defendants' rights", en Katz Cogan, "International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects", 112.

[11] Gordana Buzarovska, "Interpretation of equality of arms in jurisprudence of Ad Hoc Tribunals and ICC", *SEEU review*, 11, I (2005): 36.

[12] Ver: Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 552. Sobre la noción de tribunales penales internacionales e internacionalizados, cabe ejemplificar los primeros con el TPIY, el TPIR y la CPI, y los segundos con: Sierra Leona, Timor Oriental, Camboya, entre otros. Sobre el concepto de cortes híbridas, ver: Sean Murphy, *Principles of International Law*, (Eagan: Thomson-West, 2006), 430-436.

[13] A continuación se reproducen algunos ejemplos relevantes. Primero: "The Prosecution has been overseeing investigations for two years; most Defense teams are only began investigations after the commencement of trial. The Prosecution investigates with court vehicles, satellite phones, dedicated drivers and security, translators, and professional international investigators; Defense team staff are not formally permitted to use Court transport (transport costs are supposed to be covered by each team's budget), have no dedicated drivers or security or access to logistical equipment, and must find their own translators and investigation staff, with only national-level salaries for those staff covered by their budgets. Until recently, investigators (who are employed

Las disparidades de índole material involucran cuestiones que hacen a la disponibilidad de recursos financieros para costear las remuneraciones

---

—and therefore approved— by the Defense Office) had to have a background in policing; many of the defendants are charged with attacks on police as a Crime against Humanity. That policy was recently changed, but only after a significant delay resulting in some defendants starting trial without investigators. The Prosecution, in contrast, has relied heavily on skilled, practiced international investigators, many with ICTY and ICTR experience. The Prosecution budget takes up a large percentage of the overall US$ 83 million budget; the Defense teams receive around US$4 million altogether. Prosecution staff are permanently stationed in Freetown; many Defense counsel come and go (with the associated travel costs significantly eroding Defense budgets). The Prosecutor is an Assistant Secretary General; the head of the Defense Office is many rungs lower in the U.N. employment hierarchy. The Prosecution has until recently received approximately five times the office space assigned to the Defense, and also greater access to office resources". James Cockayne, "The Fraying Shoestring: Rethinking Hybrid War Crimes Tribunals", *Fordham International Law Journal* 28, 3 (2004): 670-671. Segundo: "The cases were quite complex, dealing with controversial segments of the military, social and political histories of countries torn by civil wars. The indictments were notorious for their broad scope and complexity. By the time arrests were made and charges laid, serious inequality of arms had developed between a cohesive prosecution team (which had worked together for months or even years) and defense teams that were assembled much later, often consisting of lawyers from different countries and legal traditions, without a common base… Once arrests were made, the pressure from the international community and the media was intense and the attention was obviously on the victims of these crimes. The defense was not popular. The Prosecutor was an independent organ of the court with detailed knowledge of the cases. Defense lawyers, on the other hand, became involved on an individual basis–under court supervision. Initial contacts between prosecution and defense lawyers were therefore very imbalanced. Defense counsel did not have the benefit of a centralized defense office with administrative, management, secretarial and translation facilities. They had limited opportunities for mentoring and limited negotiating and lobbying power", en: Elise Groulx, "Equality of Arms: Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System", *Revue Québécoise de droit international*, (AIAD, octubre, 2010): 21-38, 30. Consultado abril 10, 2019, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2010_hos_1_1_1408. Tercero: "Generally speaking, the prosecution and defence at international courts enjoy very different investigative resources… that lead defence lawyers to complain of inequality. Disadvantages between the parties regarding lacking of institutional status, personnel and funding are inevitable since the Office of the Prosecutor as an independent body has huge resources, personnel and funds… and the defence does suffer from an inequality of arms in the presentation of the defence case […] defence teams were comprised by fewer members than prosecution teams and have fewer resources and facilities at their disposal to prepare and present their cases […] A common criticism of ad hoc tribunals has been the disparity in the allocation of resources and insufficiency of funds allocated to the defence", en: Buzarovska, "Interpretation of equality of arms in jurisprudence of Ad Hoc Tribunals and ICC", 36. Más allá de los ejemplos aquí transcritos, para una descripción más extensa del modo en que estas disparidades materiales se fueron manifestando en casos concretos judicializados, ver: Temminck Tuinstra, JPW, "The principle of equality of arms", en *Defence counsel in international criminal law*, (Ámsterdam: Universidad de Ámsterdam, 2009), 151-160.

(de abogados defensores, personal, investigadores, testigos expertos, peritos, intérpretes) y los gastos de funcionamiento (oficinas, viáticos, equipamiento, transporte, seguridad), destinados a solventar la defensa de las personas sometidas a la jurisdicción de tribunales internacionales.

Como ya se estableció, el acusado tiene derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa, en paridad con los tiempos y medios que le insume a la fiscalía preparar la acusación. Si bien no toda disparidad material entre defensa y acusación importa la conculcación de los derechos del imputado, ciertas inequidades pueden conllevar severas restricciones al ejercicio de la defensa, incluso al límite de dañar la legalidad de los procedimientos.

A continuación, se estudiarán dos aspectos vinculados a la disparidad de recursos materiales. En primer lugar, ciertos hitos jurisprudenciales que revelan el tratamiento jurisdiccional que recibió esta problemática y, en segundo lugar, la evolución de los sistemas de asistencia legal, con especial foco en los aspectos de naturaleza material que pueden incidir en la paridad de armas y en la calidad de la defensa (remuneraciones, gastos, calificación, etc.). Este análisis busca evidenciar que el problema de la inequidad material —cuando afecta el ejercicio del derecho de defensa— no obtuvo una respuesta adecuada ante las jurisdicciones internacionales, pero fue abordada en forma más eficiente mediante la implementación y el desarrollo de los sistemas de asistencia legal.

3.1. Desigualdad material: hitos jurisprudenciales

> *Fairness is an essential element of any system of justice and without it justice cannot be done or be perceived to be done. The correct balance must be maintained between the fundamental rights of the accused and the essential interests of the international community in the prosecution of persons charged with serious violations of international humanitarian law*
> (Prosecutor v. Brdanin and Tadic, Decision, 3 octubre 2003, para. 62)[14].

[14] Buzarovska, "Interpretation of equality of arms in jurisprudence of Ad Hoc Tribunals and ICC", 18.

La jurisprudencia del TPIY y del TPIR ha reconocido y garantizado el principio de igualdad de armas en tanto paridad para acceder a la corte y presentar los casos ante el tribunal (igualdad procesal), pero —cabe adelantar— parece haber excluido la posibilidad de admitir que la disparidad de recursos materiales se pueda plantear como una vulneración a la igualdad de armas.

Casi todas las defensas, en uno u otro momento de sus respectivos procesos judiciales, interpusieron algún planteo por insatisfacción relativa a la disponibilidad de recursos y financiamiento[15], argumentando: "there is no 'equality of arms' between the defence and the prosecution, because the defence lacks sufficient resources to conduct proper investigations, whereas the prosecution has extensive resources. In particular, the prosecution has a large team of investigators, trial attorneys and legal advisors"[16].

En "Prosecutor v. Aleksovski", la cámara de apelaciones del TPIY recurrió a citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o ECHR, por sus siglas en inglés) para afirmar que "According to the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case in conditions that do not place him at a disadvantage *vis-á-vis* his opponent"[17].

En "Prosecutor v. Tadic" la defensa se agravió específicamente por la disparidad fundada en razones materiales y la cámara de apelaciones del TPIY sostuvo que, a la luz del estatuto del tribunal, el principio de igualdad de armas conformaba el derecho a un juicio justo y obligaba a garantizar que

> neither party is put at a disadvantage when presenting its case […] This principle means that the Prosecution and the Defense must be equal before the Trial Chamber. It follows that the Chamber

---

[15] Fedorova, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, 303. En este trabajo, se detallan en forma exhaustiva las numerosas presentaciones articuladas por las defensas en este sentido.

[16] Temminck Tuinstra, "The principle of equality of arms", 146.

[17] Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, The Prosecutor v. Aleksovski, Case n.º I-95-14/1-A, Appeals Chamber, ICTY, Feb. 16, 1999, para. 24.

> shall provide every practicable facility it is capable of granting under the Rules and Statute when faced with a request by a party for assistance in presenting its case[18].

En "Prosecutor *v.* Kayishema and Ruzindana", se reconoció al principio de igualdad de armas como un componente de la garantía a obtener un juicio justo[19]. Al respecto, se sostuvo que el deber de asegurar igualdad de oportunidades no conllevaba igualdad de recursos, medios o instalaciones y que los derechos del acusado no debían ser interpretados de modo tal que se concluya que la defensa tenía derecho a los mismos recursos que la fiscalía: "The right of the accused to a fair trial implies the principle of equality of arms between the Prosecution and the Defense […] [it] does not necessarily amount to the material equality of possessing the same financial and/or personal resources"[20].

En "Prosecutor v. Milutinovic et al." se reiteró el principio por el cual se había sostenido que la igualdad de armas se vulneraba solo si alguna de las partes era colocada en desventaja para preparar y presentar su caso[21].

En "Prosecutor v. Slobodan Milosevic", se ratificó que:

> Within the ambit of fairness fall a number of rights, all intended to achieve for the accused a fair trial […] The concept of fairness not only includes these specific rights but also has a much wider ambit, requiring that in all aspects the conduct of the trial must be fair to the accused. Hence, the specific rights are described as "minimum guarantees". Fairness is thus the overarching requirement

---

[18] Prosecutor v. Dusko Tadic, Case n.º IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, julio 15, 1999, paras. 30, 37, 44.

[19] Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana, ICTR-5-1-A, Appeals Judgment, julio 1, 2001, para. 67.

[20] Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case n.º ICTR-95-1-A, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, mayo 21, 1999, paras. 20, 55-60; Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case n.º ICTR-95-1-A, Trial Chamber II, Judgment (Reasons), junio 1, 2001, paras. 63-71.

[21] Prosecutor v. Milan Milutinovic et al., Case n.º IT-99-37-AR73, Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal on Motion for Additional Funds, noviembre 13, 2003, para. 24.

> of criminal proceedings […] If at any stage of a trial there is a real prospect that it will be disrupted and the integrity of the trial undermined with the risk that it will not be conducted fairly, then the Trial Chamber has a duty to put in place a regime which will avoid that[22].

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* —en mayor o menor medida— ha interpretado en forma bastante restrictiva el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación del caso, imponiendo una importante carga probatoria en cabeza de las defensas para demostrar la disparidad de recursos humanos y económicos[23]. Para entender esta tensión interpretativa cabe recordar el carácter dual del principio de igualdad de armas. Los agravios por disparidad material tienen mayor entidad si se los aborda desde el estándar que el principio impone en los esquemas adversariales que si se los analiza bajo el estándar que el principio supone en materia de derechos humanos: "Only disproportionate differences between defence and prosecution resources will violate the principle of equality of arms as a human right standard… But the adversarial principle requiring that each party should have adequate opportunity effectively to prepare and present its case, could be at risk… In every criminal case, the prosecution will bear the burden of proving the guilt of the accused, whereas the latter is presumed innocent. The prosecution therefore require more investigative resources that the defence. In adversarial proceedings, the defence is responsible for assembling and presenting its own evidence…", y dado que los procesos en las jurisdicciones internacionales e internacionalizadas son eminentemente adversariales "these courts should provide an adequate standard of resources and facilities to the defense […] at the level allowing it to conduct its own investigations"[24].

En suma, el derecho del acusado a contar con tiempo y medios para preparar y presentar su defensa no requiere necesariamente que estos

---

[22] Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Caso n.º IT-02-54-T, Trial Chamber, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, septiembre 22, 2004, paras. 29, 33.

[23] Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 556.

[24] Temminck Tuinstra, "The principle of equality of arms", 159-160.

recursos sean idénticos o incluso equiparables con aquellos disponibles a la fiscalía, sino que —para garantizar el juicio justo y derecho de defensa— alcanza con asegurar que el tiempo y los medios asignados para la defensa sean adecuados a esos fines, sin que disparidades materiales incidan en el ejercicio de la defensa: "Whether the principle of equality of arms will be violated by any such disparity depends on the degree to which it hinders the defence adequately to prepare and plead its case. The level of resources allocated to the defence in international criminal cases should be adequate to prepare an effective defence"[25].

3.2. Evolución de los sistemas de asistencia legal en las jurisdicciones penales internacionales

> *The cost for the Court in this regard —including perceptions about the fairness of its trials— may be far greater than the actual expenses associated with operating the legal aid system*[26].

Por su complejidad, duración y las modalidades de sustanciación, estos procesos insumen cuantiosos recursos. Naturalmente, ninguna de estas cuestiones incide en la defensa del acusado que cuenta con recursos para responder por los costos de su representación y todo lo que ella importa. Sin embargo, la gran mayoría de las personas sometidas a la jurisdicción de estas cortes han sido consideradas, total o parcialmente, indigentes a estos fines[27].

Para garantizar el derecho de toda a persona acusada a ser asistido por un abogado, los tribunales penales internacionales crearon *sistemas de asistencia legal* destinados a procurar, en forma gratuita, la representación

---

[25] Ibíd., 158.

[26] International Bar Association (IBA) *Comments on Concept Paper: Review of the International Criminal Court Legal Aid System,* (9 junio, 2017): 4. Consultado abril 10, 2019, https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=5DBF1968-CE69-4053-A672-CDCC7B1F7E3E.

[27] Según algunas fuentes, casi un 90% de los acusados llevados a juicio ante el TPIY (121 de un total de 133) recibieron asistencia legal gratuita total o parcial (aproximadamente un 90%). Ver: Fiana Reinhardt y Lisa Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", en *International Crimes Database*, Brief 24 (septiembre, 2018): 11.

legal de los acusados indigentes, mediante profesionales independientes —que no son funcionarios del tribunal—, cuyos honorarios y gastos son sufragados por esos mismos sistemas.

El derecho a ser representado por un abogado es una de las garantías básicas del debido proceso. Para que el juicio sea justo y la defensa sea efectiva, el abogado debe ser competente. En consecuencia, a fin de asegurar el derecho de defensa, el debido proceso, el juicio justo y la igualdad de armas en forma efectiva, el sistema de asistencia legal debe contar con profesionales competentes, remuneraciones adecuadas y medios para sufragar los gastos necesarios que demande la preparación y presentación del caso[28].

En estos sistemas de asistencia legal, a la defensa asignada se le ha reconocido el derecho a recibir remuneración por gastos de representación legal, los que incluyen los costos del proceso y de la investigación, de las medidas adoptadas para producir prueba y establecer hechos útiles para el caso, de consultoría, testigos expertos, seguridad y transporte, entre otros, todos ellos destinados a procurar una defensa adecuada, en pie de igualdad con la fiscalía.

Sin embargo, la eficiencia de estos sistemas —en tanto guardianes de los derechos de los acusados— ha quedado condicionada por las restricciones presupuestarias de cada tribunal y las decisiones adoptadas para administrar los recursos disponibles.

A continuación se examina la evolución de estos sistemas ante los tribunales *ad hoc*, la CPI y el Tribunal Especial para Líbano (STL, por sus siglas en inglés). La problemática planteada es clara:

> The manner in which the issue of legal aid for indigent defendants is addressed could have significant implications for the credibility

[28] En sentido estricto, no existe una relación necesaria entre la capacidad del abogado y su remuneración que imponga asociar la calidad del litigante con aspectos materiales. No obstante ello, la siguiente circunstancia fue destacada en más de una ocasión: "Trials before the ICTY and other international tribunals are typically lengthy and complex… In order to attract competent, experienced defence counsel willing to give up on their private practices for a prolonged period of time to focus on one war crimes case, adequate remuneration is required". Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 11.

> of the Court, a view shared by other members of the international legal community. The Court's reputation as a fair and impartial institution may be undermined if there are indications that these defendants are being short-changed in the assistance they receive from the court to mount an effective defense…the quality of legal representation has an impact on the fairness of the judicial process[29].

En el caso de los tribunales *ad hoc* se dictaron Directivas —fundadas en los Estatutos y en las Reglas de Procedimiento y Prueba— en las que se fijaron los principios y las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de defensa y para el acceso a la asistencia legal gratuita. En un inicio, se estipuló una remuneración baja y criterios restrictivos para cubrir otros gastos[30] y se encomendó a los Registros, por tratarse de órganos administrativos no judiciales, la gestión del pago de los costos de asistencia.

Se elaboró una lista de abogados habilitados para asumir la defensa de imputados indigentes. Los interesados simplemente debían notificar al Registro y eran colocados en la "*Lista de la Regla 45*". En un principio, solamente se les exigía encontrarse autorizados para litigar en una jurisdicción nacional o ser profesor universitario de derecho. No se requería ningún tiempo mínimo de práctica ni experiencia específica en áreas jurídicas relevantes para los casos en litigio. Si bien inicialmente el titular del Registro elegía a un abogado de la lista y lo asignaba al imputado que solicitaba asistencia legal[31], luego se permitió que sea el propio interesado quien elija un letrado de su preferencia entre los inscriptos[32].

---

[29] IBA, *Comments on*, (2017), 4.

[30] La remuneración se basaba en un anticipo, honorarios diarios y un presupuesto autorizado por día, y podían incluirse —limitadamente— gastos por viaje: "based on an eight-hour working day, this meant that counsel's hourly fee was around U$S 25, which included general office costs". Ver: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 11.

[31] Directive on the Assignment of Counsel, IT/73/Rev 1, agosto 1, 1994, artículo 11 (i).

[32] El TPIR se pronunció afirmó: "The right to free legal assistance by counsel does not confer the right to choose one's counsel", en: Prosecutor v. Gérard Ntakirutimana, Case n.º ICTR-96-10-T, ICTR-96-17-T, Decision on the Motions of the Accused for Replacement of Assigned Counsel, 11 June 1997; Jean Kambanda v. Prosecutor, Case n.º ICTR 97-23-A, Appeals Chamber, Judgment, octubre 19, 2000, para. 33; Prosecutor v. Vidoje Blagojevic &

Al principio, únicamente podía asignarse un abogado por acusado. Ese profesional debía asumir, casi en soledad, la preparación de casos con acusaciones sumamente complejas, que involucraban "considerable temporal and geographical scopes… novel legal issues […] tremendous amounts of documents and witnesses […] a variety of fields of law", y debía encontrarse en condiciones de litigar en sistemas adversariales y en el idioma del tribunal[33]. En 1995 se introdujo el sistema de remuneración por hora, que representó una notable mejora en la situación financiera de las defensas y en 1996 se incluyó la posibilidad de asignar un segundo abogado defensor por acusado[34].

No obstante estas modificaciones, la calidad de las defensas resultaba preocupante: "the poor courtroom performance of some counsel raised the question whether the accused actually received the effective assistance of counsel required to protect the right to a fair trial"[35]. Esta situación motivó una evaluación de la normativa, se concluyó que los requisitos exigidos para admitir a los abogados ante los tribunales eran inadecuados[36] y ello derivó en su modificación. Así, en 1998, se pasó a

---

Dragan Jokic, Case n.º IT-02-06-T, Decision on Independent Counsel for Vidoje Blagojevic's Motion to Instruct the Registrar to Appoint New Lead and Co-counsel, public, julio 3, 2003, para. 75; Prosecutor v. Vidoje Blagojevic, Case n.º IT-02-60-AR73.4, Reasons for Decision on Appeal by Vidoje Blagojevic to replace his Defence Team, public redacted, noviembre 7, 2003, para. 22; etc. Ver: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 5.

[33] El hecho de que los procedimientos estuvieran mayormente regidos por normas adversariales "proved to cause challenges for lawyers trained in a civil law system". Ver: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 5; y Julian A. Cook III, "Plea Bargaining at The Hague", *Yale Journal of International Law* 30, 2 (2005): 473 a 480.

[34] Directive on Assignment of Defence Counsel, IT/73/Rev 3 (1996), artículo 16.

[35] Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 7.

[36] "In both ICTY and ICTR, mere admission to the practice of the law is no assurance that an attorney is qualified with respect to trial or appellate work or criminal law, much less international criminal law. Similarly, a University Law professorship does not automatically carry with it knowledge or experience with respect to matters germane to criminal trials or appeals", 22, en *Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and*

exigir el mínimo de diez años de experiencia relevante para actuar ante el TPIR y en 2000 se requirió práctica en derecho penal o internacional para litigar ante el TIPY[37].

Además, si bien el sistema de "remuneración por hora" había mejorado los ingresos de los abogados defensores, esa modalidad no incentivaba que las defensas trabajaran en forma eficiente. La burocracia en torno a la acreditación de los gastos tensionó la relación de las defensas con los Registros, aumentó la litigiosidad e impuso una significativa carga administrativa sobre ambos.

En 2001, para garantizar eficiencia, transparencia y uniformidad en la asignación de recursos, los Registros realizaron una reforma profunda del sistema de asistencia legal gratuita e introdujeron una modalidad de remuneración fijada por topes basados en la complejidad del caso, destinada a "improve allocation of resources to cases varying in complexity, to create incentives for counsel to work more efficiently and to explore possibilities for cost saving"[38].

Sin embargo, este sistema no supo dar respuesta a la problemática de la carga administrativa impuesta a los Registros y a las defensas, ni tampoco a la conflictividad y la litigiosidad creciente entre ambos por razones económicas y de distribución de recursos.

Esto derivó en que, un año después, se llevara a cabo una nueva gran reforma de la asistencia legal, introduciendo el sistema de "suma global"

Functioning of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda. GA 54/634, noviembre 22, 1999 ("Expert Report").

[37] Modificación a la regla 45 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR y del TPIY, respectivamente.

[38] Se reemplazó el tope mensual de horas por un tope de horas previsto para cada etapa procesal, dependiendo de la complejidad del caso e independientemente del tiempo que la etapa termine insumiendo. Ver: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 12; Negri, "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 554, con cita de: *Report of the Secretary-General, Comprehensive Report on the Progress made by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Reforming its Legal Aid System*, UN Doc. A/58/288, agosto 12, 2003, at. 3, para. 13; *Report of the Secretary-General, Comprehensive Report on the Progress made by the International Criminal Tribunal for Rwanda in Reforming its Legal Aid System*, UN Doc. A/58/366, septiembre 12, 2003, at. 4, para. 9.

para remuneraciones y gastos de la etapa de juicio. Esta nueva modalidad demostró ser más eficiente y flexible, permitió una mejor proyección de costos, generó incentivos para la gestión eficiente del tiempo y los recursos y alivió a las defensas y al registro de la carga administrativa, reduciendo los litigios en torno a la administración de los recursos materiales[39].

En 2004, la misma modalidad de remuneración se aplicó en la etapa previa al juicio. Además, ese mismo año se hizo una nueva reforma sustantiva de las exigencias para admitir a los abogados como defensores ante esos estrados (idioma, antecedentes, etc.). En forma indirecta[40], se requirió demostrada experiencia en derecho penal, derecho penal internacional, derecho humanitario o derechos humanos y, al menos, siete años de práctica relevante como juez, fiscal, procurador u otra competencia en procesos penales. Luego de esa reforma, se dispuso la reinscripción de los defensores en la "Lista de la Regla 45", ahora ya bajo los nuevos requisitos, circunstancia que generó la baja de muchos letrados.

Ante la CPI, para ser asignado como abogado defensor a través del sistema de asistencia legal o para ejercer como tal en forma privada, se exige: calificación en derecho penal o derecho internacional y práctica relevante en procesos criminales, además de fluidez en uno de los idiomas de la corte[41]; diez años acreditados de práctica relevante en la materia[42]; capacitación continua[43].

Entre los desafíos que enfrenta el sistema de asistencia legal y la administración de sus recursos, se reporta:

> the levels of counsel fees at the ICC are considerably lower than in other international criminal courts, and that the principle of equivalence with their counterparts in the prosecution to ensure

[39] Para detalles de sus características específicas, ventajas y desventajas, ver: Reinhardt y Feirabend, "The development", 13/15.

[40] Por tratarse de un requisito impuesto para la admisión en la asociación de abogados cuya membresía era exigida para litigar ante el tribunal.

[41] Profesores de derecho sin experiencia en procedimientos criminales solo podrán asistir a los abogados (Regla 22).

[42] Regulación 67.1.

[43] Art. 7° del Código de Conducta de los Abogados Defensores.

> fairness and an effective defence is currently not respected. This inequality is not only unfair, but will over time materially impact the quality of representation and proceedings, if the ICC is unable to attract and retain highly-skilled counsel for defence and victims[44].

De esta y otras maneras[45], las restricciones presupuestarias indicen en la calidad con que las defensas pueden presentar sus casos.

En la actualidad, el sistema se basa en la idea de un equipo básico de defensa (*core team*) que se mantiene por toda la duración del proceso y puede ampliarse coyunturalmente, si así lo demandara la complejidad del caso[46].

De acuerdo con la IBA[47], asociación que participa del proceso de revisión en curso ante la CPI, el sistema debe ser modificado. No obstante ello, la

---

[44] IBA, *Comments on*, (2017), 6. Mismos argumentos en: IBA, *Comments on ICC Draft Legal Aid Policy* (deciembre 2018), 4-5. Consultado abril 10, 2019, https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=9FBC6DFF-A7F2-46DF-887A-27E24E21D02A. Sobre la cuestión: "should defence counsel's fees be proportionate to the salary of a prosecutor […] is probably outside the scope of the principle of equality of arms as a human rights standard", pero "in terms of a reasonable balance of powers […] disproportionate differences should […] be avoided", en: Temminck Tuinstra, "The principle of equality of arms", 157.

[45] Por ejemplo: "the ICC Legal Aid scheme currently in force does not contain specific provision for experts. In practice, ICC defence teams have been directed to cover costs for experts fees from the relatively small budget that each team has to cover team expenses […] excluding funding for experts from the core legal aid budget is both inconsistent with the realities of international criminal cases, and inconsistent with the current standards applied by other international criminal tribunals […] the limited resources available for defense investigations in the current legal aid scheme may lead defense teams to use a locally based resource person instead of a more costly international investigator with training and experience in international criminal investigations. Such resource persons may not receive sufficient training in key competencies such as ethics and the legal requirements for witness testimony, compared to a professional investigator. This may impact the reliability of witnesses and the quality of the legal proceedings", en: IBA, *Comments on*, (2017), 9.

[46] Ver: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 15.

[47] En 2005, la *International Bar Association* creó su programa IBA-ICC destinado a monitorear cuestiones vinculadas al debido proceso legal y a la igualdad de armas en la CPI y otros tribunales con sede en La Haya. Entre muchos aportes, ha colaborado activamente con el Registro de la CPI en la evaluación del sistema de asistencia legal de la Corte. Este Registro publicó —en mayo de 2017— su evaluación (*Concept Paper: Review of the International Criminal Court Legal Aid System*

IBA ha presentado distintos informes críticos respecto de algunos de los cambios que se proyectan, por entender que estos promueven estándares más bajos en materia de igualdad de armas[48].

Para abogar por la defensa, en forma privada, ante el Tribunal Especial para Líbano, los requisitos no son tan exigentes como en el caso anterior. Se pide que los abogados estén autorizados para litigar en una jurisdicción nacional. Si bien se impone aprobar capacitaciones de la Oficina de la Defensa del tribunal, no se exige un mínimo de años de práctica ni de experiencia relevante ni membresía a ninguna asociación de abogados defensores[49]. Para ser admitido como abogado defensor en el sistema de asistencia legal, se requiere —además— contar con demostrada calificación en derecho penal o derecho penal internacional y diez años de práctica relevante en la materia[50].

---

o *LAS Concept Paper*) y solicitó a la IBA —entre otras entidades— que hiciera comentarios sobre lo evaluado (IBA *Comments on Concept Paper: Review of the International Criminal Court Legal Aid System*, junio 9, 2017). El criterio bajo el cual se pretenden mejorar las condiciones de paridad puede resumirse así: "The position of the defense should always be viewed in juxtaposition to the institutional strength of the prosecution and its high degree of institutional independence, relatively substantial budget and large number of permanent, experienced counsel. In this regard, the OTP has a permanent advantage over the accused, particularly given that counsel for the latter is retained on a case-by-case basis". Cfr: IBA, *Comments on*, (2017), 5; ICC, *Concept Paper: Review of the International Criminal Court Legal Aid System*, consultado abril 10, 2019, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/legalAidConsultations-CP-ENG.pdf.

[48] "The principle of equality of arms was also substantially modified in the current draft. While the current equality of arms principle states that 'the payment system must contribute to maintaining a balance between the resources and means of the accused and those of the prosecution' […], the proposed principle provides that the legal aid system must allow defense and victim counsel 'to present their case before the chamber under conditions which do not place them at substantial disadvantage vis a vis their opponents' […] This modification promotes a lower standard for achieving equality of arms […] The ICC should promote the highest standards of equality of arms and fairness in its judicial process". La IBA se opone a la modificación del "principio de economía" previsto en las reglamentaciones actuales de la CPI, por entender que la nueva redacción sugerida no solo reduce la asistencia legal a una cuestión meramente presupuestaria, sino que institucionaliza ese enfoque: "This modification puts at the center of the legal aid system the 'effective and efficient' allocation of funds by the Court, instead of having as it main objective the effective and efficient legal representation of accused persons and victims, while still recognizing that funding is limited to necessary costs". Ver: IBA, *Comments on*, (2018), 3/4.

[49] Ver Regla 58.

[50] Ver Regla 59.

Como ante este tribunal los procesos se han tramitado en ausencia de los acusados, todos los abogados defensores fueron designados a través del sistema de asistencia legal gratuita. Si bien cuenta con un esquema parecido al de la Corte Penal Internacional, basado en un equipo básico de defensa que se mantiene durante todas las etapas del proceso, se trata de una versión mejorada[51]. En ese sentido, el equipo de defensa básico es más amplio y los salarios de la defensa se encuentran equiparados a la escala salarial de la Oficina del Procurador y —a diferencia de la CPI— el personal que asiste a los defensores es contratado con la misma modalidad que el personal de planta del tribunal, con todos los beneficios que eso implica.

Un sistema de asistencia legal debe ser flexible y transparente. Las remuneraciones de los abogados y del personal que asiste y conforma los equipos de defensa deben estar en paridad con aquellas del fiscal y sus equipos. La asignación de los recursos debe ser eficiente, evitando dañar las estrategias de las defensas. En esquemas judiciales donde la mayor parte de la población acusada es total o parcialmente indigente a los fines de afrontar los gastos del proceso, la solvencia del sistema de asistencia legal se convierte en una condición insoslayable en términos de legitimidad de las cortes y sus juicios.

En conclusión y como se adelantó, la problemática de la afectación del derecho de defensa por inequidad material no obtuvo suficiente respuesta en el ámbito jurisdiccional, pero encontró un abordaje mucho más adecuado y eficiente en la implementación progresiva de los sistemas de asistencia legal. Probablemente, la naturaleza económica del problema imponía la articulación de una solución de índole normativa e institucional, por fuera de los estrados, tal como ocurrió.

El estudio de la evolución de los sistemas de asistencia legal revela que a lo largo de los años se fueron reformando las normas para mejorar las remuneraciones de los defensores, las reglas que determinan la admisibilidad para ser inscrito como abogado del sistema (a fin de mejorar la calidad de las defensas) y los métodos de cálculo de los costos. Sin embargo, no puede soslayarse que pese a registrarse esta trayectoria positiva en esta evolución, la eficiencia de estos sistemas —en tanto guardianes de

[51] Como dato distintivo, aquí no se atiende a la complejidad del caso, sino que está previsto que todos reciban los mismos recursos.

los derechos de los acusados— continúa bastante condicionada por las restricciones presupuestarias de cada tribunal y las decisiones adoptadas para administrar los recursos disponibles.

4. La disparidad institucional

> *Through equal participation of the Defence, not only in court proceedings, but also through its representation by a defence office as part of the institutional structure as well as via an independent association, a great contribution to the legitimacy of a court or tribunal and the credibility of its trials can be generated*[52].

En el análisis de las disparidades de naturaleza institucional corresponde detenerse en dos líneas de acción desplegadas en forma simultánea: en el plano institucional interno, las modificaciones al estatus de la defensa en la estructura de estas cortes y, en el plano institucional externo, la formación de las asociaciones internacionales de abogados defensores ante estas jurisdicciones. A continuación se examinará en forma suscita la evolución de ambos cursos de acción ante las distintas jurisdicciones penales internacionales e internacionalizadas, a fin de determinar si la preocupación inicial por la disparidad institucional de la defensa recibió algún tipo de respuesta y, en su caso, si se han logrado equiparar —al menos, en cierta medida— las inequidades denunciadas.

4.1. Oficinas de la Defensa: vía interna

> *The need for a defense office to protect the rights of suspects and accused has evolved in the practice of United Nations-based tribunals as part of the need to ensure "equality of arms".*
> Kofi Annan, secretario general de Naciones Unidas[53].

---

[52] Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 22.

[53] *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon*, U.N. Doc., S/2006/893, (noviembre 15, 2006), para. 30; en: Xavier-Jean Keïta, "Evolution

El diseño institucional de los tribunales *ad hoc* y de la CPI presenta un sesgo acusatorio inherente al modo en que han sido concebidas las estructuras de estas cortes:

> At the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and now the International Criminal Court (ICC), there are two very strongly entrenched organs (or institutional pillars): the Judiciary and the Prosecutor. Both have clearly defined powers. However, the institutional basis for a truly independent body of defence lawyers is very much lacking in the Statutes of these courts[54].

Ese es el punto desde el cual comenzar a contar la historia de los esfuerzos destinados a equilibrar esta suerte de desbalance institucional congénito.

Un sucinto examen de la evolución de la arquitectura institucional de las oficinas de la defensa en los esquemas de las distintas jurisdicciones penales internacionales e internacionalizadas revela las distintas reformas que intentaron dar respuesta a la demanda de igualdad estructural. La necesidad de institucionalizar estas oficinas ha sido entendida como una forma de contrarrestar la objetiva superioridad material y financiera de las fiscalías[55].

Los estatutos del TPIY y del TPIR omitieron crear un órgano específico para proteger los derechos de los acusados[56]. En su lugar, se crearon oficinas en los Registros del tribunal para asistir a los defensores. Por su ubicación y dependencia funcional, estas oficinas fueron establecidas para asistir a las cortes en su relación con las defensas y no tanto para asistir

---

or revolution: The Defence Offices in International Criminal Law", *ICTR Legacy Symposium: Evolution of Defence Systems in International Tribunals*, (Arusha, noviembre, 2014), 5.

[54] Groulx, "Equality of Arms: Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System", 21-22, 30.

[55] Kenneth Gallant, "Politics, Theory and Institutions: Three reasons why International Criminal Defence is hard and what might be done about one of them", *14 Criminal Law Forum 317* (2003).

[56] Gallant, "Politics", con cita en Keïta, "Evolution or Revolution", 2-3.

en la defensa de las personas sujetas a proceso ante esos estrados[57]. Su mandato de naturaleza —principalmente— administrativa no incluía el asesoramiento legal a las defensas[58].

En suma, en ambos casos:

> equality of arms was less obvious in the structural systems created for these Tribunals, where the Defense Counsel and teams have remained largely as outsiders, external to structures that only recognized three organs —Chambers, Prosecution and Registry […] Even more damaging, because the Defense did not possess an institutional presence of its own, as a non-neutral advocate for its needs, it had no champion among the decision-makers leaving them at a severe disadvantage in securing assistance in legal affairs, investigation, State cooperation, and even office space or equipment[59].

Al codificarse las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona —que instrumentaron la aplicación de su estatuto—, se estipuló la creación de una Oficina de la Defensa, dirigida por un defensor principal, con el mandato de garantizar los derechos de los imputados, brindar asesoramiento legal inicial, procurar la representación legal de los acusados indigentes y proveer de instalaciones adecuadas para que los abogados preparen sus defensas[60]. Este mandato no se limitaba a la designación de abogados, sino que incluía la supervisión de los equipos de defensa, el monitoreo de los juicios, el asesoramiento y la asistencia

---

[57] Sareta Ashraph, "The Naked Defence Office: How an Unclear Mandate, Poor Staffing and Registry Disinterest Stripped the Office of Principal Defender", en *The Sierra Leone Special Court and its legacy*, editado por Jalloh (CUP, 2014); citado en Keïta, "Evolution or Revolution", 3.

[58] Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 20.

[59] Palabras del defensor principal de la Oficina Pública de la Defensa ante la Corte Penal Internacional, Xavier-Jean Keïta, en: Keïta, "Evolution or revolution", 2-3.

[60] Cfr. Regla 45 de las Reglas de procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona; Negri, "The principe of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure", 557.

sustantiva a todos los equipos defensores en la preparación de sus casos, incluso en la investigación de cuestiones legales y en la vinculación con gobiernos y otras entidades a los fines de obtener cooperación internacional[61].

Si bien no fue establecida como órgano del tribunal ni se encontraba prevista en su estatuto, esta Oficina de la Defensa fue considerada una innovación en materia de igualdad de armas en la evolución de la arquitectura institucional de las jurisdicciones penales internacionales.

En el debate en torno a la creación de un tribunal penal internacional permanente, se reeditó la discusión sobre la necesidad de incluir una Oficina de la Defensa independiente en su tratado constitutivo, con el fin de superar las deficiencias institucionales de los tribunales *ad hoc* y asegurar la representación interna de los derechos de la defensa. Pero al final, el Estatuto de Roma no contempló la creación de ningún órgano interno y autónomo destinado a representar a la defensa y sus funciones fueron reglamentariamente asignadas al Registro, al igual que en las experiencias anteriores. En contraposición, se instauró la Oficina del Procurador como órgano del tribunal estatutariamente previsto y le asignaron cuantiosos recursos para llevar adelante su mandato[62].

El debate en torno a la vulneración de la igualdad de armas se recrudeció y en 2006 se creó la Oficina Pública de la Defensa ante la Corte Penal Internacional (OPCD), con independencia funcional[63]. Ello constituyó un

---

[61] Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofama, Allieu Kondewa, Case n.º SCSL-04-14-t-141, Trial Chamber, Decision on request by Samuel Hinga Norman for Additional Resources to Prepare His Defence, junio 23, 2004.

[62] Para describir la profusión de recursos materiales asignados a la Oficina del Fiscal ante la CPI, Rupert Skilbeck detalló que la misma contaba con "programmes for legal advice, a separate public relations and mass media programmer, an entire appeals division to deal with the interlocutory appeals at the pre-trial stage, an analysis section, a knowledge-base section, investigations and prosecutions" y agregó que esta administraba programas "connecting with academic institutions around the world, consultations with over 120 leading international experts, creating a roster of leading experts", entre muchas otras facilidades. Ver: Rupert Skilbeck, "Building the Fourth Pillar: Defence Rights at the Special Court for Sierra Leone", *Essex Human Rights Review* 1, n.º 1, (enero, 2004): 66-86, 78.

[63] Extractos de la Regla 77 del Reglamento de la CPI: "2. La Oficina Pública de Defensa actuará dentro de las competencias de la Secretaría solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente. Los abogados de la Oficina y sus asistentes actuarán en forma independiente… 4. Las tareas de la Oficina Pública de Defensa incluirán la representación y protección de los derechos de la defensa durante las

nuevo avance en materia de arquitectura institucional bajo la óptica de la igualdad de armas[64]. Según la *International Bar Association*, la OPCD "was established to remedy an imbalance between the prosecution and defense consistent with the principle of equality of arms by ensuring that defense teams were provided with legal assistance and support during trials. The office is also seen as the institutional voice of the defense"[65].

El debate continuó. Desde una perspectiva crítica, el cumplimiento del mandato encomendado podía verse condicionado en tanto la oficina quedó ubicada en el Registro de la Corte, del cual pasó a depender administrativamente. Además, no se la concibió como un órgano del tribunal y no fue prevista en su estatuto, por lo que su existencia quedó dependiendo enteramente de la decisión de los órganos de la Corte. Esta inestabilidad estructural puede operar —no quiere decir que haya ocurrido— como un potencial incentivo a la actuación cautelosa de una oficina que, en los hechos, no debería tener condicionamientos a la hora de defender los derechos de sus representados.

Y mientras el debate continuaba, se estableció el Tribunal Especial para Líbano, y allí se creó la primera Oficina de la Defensa prevista

---

etapas iniciales de las investigaciones… 5. La Oficina Pública de Defensa también deberá prestar apoyo y asistencia a los abogados defensores y a las personas con derecho a asistencia letrada, incluyendo, cuando sea procedente: a) Investigaciones y asesoramiento letrado, y b) Comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos". Ver norma completa en su redacción original, en "Reglamento de la Corte". Consultado el 10 abril de 2019, https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtSpa.pdf.

[64] Xavier-Jean Keïta afirmó: "I joined the Office as its first and current Principal Counsel in January 2007. For nearly eight years now, I've personally witnessed the growth of this Office in developing the very bare-bones core mandate of its founding-Regulation 77 of 'providing general support and assistance to defense counsel and to the person entitled to legal assistance, including legal research and advice'. This broad mandate, along with the Office's independence, has allowed the work we do to be guided by the needs of the Defense teams themselves and supplementing their work through tasks they simply do not have the capacity to take on… The work has included legal research and advice, case management assistance, training and serving as a first point of contact to provide information about the Court. At the same time, the Office has taken on a role of ensuring Defense representation within the policy-making bodies of the ICC, by mere suggestion of Defense input where it is overlooked to collecting and representing the Defense team input for use of the various working groups", en Keïta, "Evolution or revolution", 4-5.

[65] IBA, *Fairness at the International Criminal Court*, (agosto, 2011), 29, en: Keïta, "Evolution or revolution", 4.

estatutariamente como órgano autónomo en un tribunal penal internacional. Por sus características, se lo considera el modelo institucional más favorable —hasta el momento— para asegurar la paridad estructural de fiscalía y defensa.

Esta Oficina de la Defensa administra el sistema de asistencia legal (elabora y actualiza la lista de abogados calificados para asumir casos, asegura las designaciones para imputados indigentes, etc.) brinda apoyo logístico y operacional y procura el asesoramiento legal sustantivo a las defensas. Los abogados defensores son profesionales independientes, pero el titular de la Oficina de la Defensa es parte del tribunal y tiene el mismo rango que el Procurador y el titular del Registro. La oficina tiene su presupuesto propio, es decir, no depende económicamente del Registro, como los antecedentes[66].

Así lo explicó Antonio Cassese:

> Under the Rules, suspects and accused can benefit from the assistance and expertise of an independent and autonomous Defense Office, which is placed on an equal footing with the Office of the Prosecutor. The establishment, under the Statute, of a Defense Office, is aimed at ensuring equality of arms between the parties. The Defense Office has extended powers, in particular to select highly qualified counsel with experience in terrorism and international criminal cases, and to ensure that they have adequate facilities and legal support for their work. He can also provide other assistance to defence counsel[67].

El valor de la Oficina de la Defensa del Tribunal Especial para Líbano como modelo institucional para estas dependencias —y en especial para la

---

[66] Para profundizar sobre la Oficina de la Defensa, su estructura, sus funciones, los tipos y criterios de designación de abogados defensores, y otras particularidades, ver: www.stl-tsl.org. También en: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 21-22.

[67] *Statement on the Adoption of the Legal Instruments Governing the Organization and the Functioning of the STL*, Sec. 2, (abril 1, 2009); citado en: Keïta, "Evolution or revolution", 5.

CPI— fue afirmado en más de una oportunidad[68] y constituye un avance concreto hacia el reconocimiento igualitario de la defensa ante tribunales penales internacionales.

En 2012, mientras el debate en materia de disparidades institucionales continuaba, este modelo inspiró nuevas modificaciones al Reglamento de la CPI, que representaron un nuevo avance en el diseño de la OPCD[69]. No obstante, el debate aún plantea desafíos institucionales: "this was a step toward one day seeing a Defense Organ at the ICC […] nothing short of

---

[68] De acuerdo con el titular de la OPCD, Xavier-Jean Keïta: "An independent Defense Organ allows not only equal institutional footing with the Prosecution, at the same time, this remedies deficiencies seen in previous Defense-focused structures of the Court as allowing the actual Defense to dictate the necessary resources to effectuate their role in the most effective manner. Now that the STL Defense Office has been functioning for some years, it is certainly worth examining the lessons learned from its foundational years and comparing them with the lessons learned of the ad hoc Tribunals to ensure that such important institutional progress is preserved", en: Keïta, "Evolution or revolution", 5-6. Al respecto, el primer Defensor Principal a cargo de la ODD del STL, Francois Roux, aseveró: "The dream was that reality would prompt a change in the status of [the OPCD], transforming it into an organ of the Court, ultimately giving the defense an institutional position equal to that of the prosecution, while making the necessary structural improvements based on the model of the Special Tribunal for Lebanon", en François Roux, "La défence mise à la porte de la Cour pénale internationale?", *Gazette du palais* 262-263 (septiembre, 2014): 19-20.

[69] De acuerdo con estas modificaciones, que entraron en vigencia en 2012, se transcriben extractos de la nueva Regla 77: "Office of Public Counsel for the defense: 1. The Registrar shall establish and develop an Office of Public Counsel for the defense for the purpose of providing assistance […] 2. The Office of Public Counsel for the defense shall fall within the remit of the Registry solely for administrative purposes…and it shall function in its substantive work as a wholly independent office. Counsel and assistants within the Office shall act independently […] the tasks of the Office of Public Counsel for the defense shall include: (a) Representing and protecting the rights of the defense during the initial stages of the investigation […] For this purpose the Office of Public Counsel for the defense may, on the instruction or with the leave of the Chamber, make submissions concerning the needs of the defense in ongoing proceedings; (b) Providing general support and assistance to defense counsel and to the person entitled to legal assistance, including legal research and advice and, on the instruction or with the leave of the Chamber, advising on and assisting with the detailed factual circumstances of the case; (c) Appearing, on the instruction or with the leave of the Chamber, in respect of specific issues; (d) Advancing submissions, on the instruction or with the leave of the Chamber, on behalf of the person entitled to legal assistance when defense counsel has not been secured or when the mandate of temporary counsel is limited to other issues […] 5. The Office of Public Counsel for the defense shall ensure that counsel with at least ten years' experience is appointed when the Office is required to act as counsel". Para el texto completo, ver https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/regulationscourteng.pdf.

an institutionally based independent office can best serve the Defense of the ICC —preferably regarded as an organ— to serve the Defense and to advocate for the advocates of the Court"[70].

Ahora bien, esta breve revisión de la evolución institucional revela importantes transformaciones, que han construido nuevos estándares institucionales en materia de igualdad de armas. Los avances en materia de regulación de los esquemas de defensa en las distintas jurisdicciones penales internacionales parecen encontrar un hito significativo en el modelo articulado para el Tribunal Especial para Líbano. En suma, esta sucesión de reformas han estado dirigidas a dar respuesta al reclamo de paridad estructural para la defensa y suponen la potencial vulneración de derechos y garantías a partir del diseño institucional de estas cortes.

4.2. Asociaciones internacionales de abogados defensores: vía externa

> The institutional basis for a truly independent body of defense lawyers is very much lacking in the Statutes of these courts, even though the rights of the accused are clearly articulated on paper. This lack of independence, combined with scarce resources, creates an "inequality of arms" between the Prosecutor and the Defense. Such an institutional weakness can undermine the legitimacy of any criminal court over time and affect its credibility[71].

El surgimiento de asociaciones internacionales de abogados defensores que litigan ante estas jurisdicciones constituye una respuesta institucionalizada que se ha gestado por fuera de la estructura del tribunal, pero para ser oída dentro de la misma, a los fines de organizar la vinculación entre el tribunal y las defensas, garantizando su independencia.

La independencia de los abogados defensores es una condición central sobre la cual se erige la paridad de armas: "freedom from outside influence including improper influence from judges, prosecutors and court

---

[70] Keïta, "Evolution or revolution", 6.

[71] Groulx, "Equality of Arms: Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System", 22.

officials. How credible is a lawyer whose income, or right to practice, can be cut off by the judge hearing the case, a prosecutor whom the lawyer has offended, or a court official that believes the case is dragging on?"[72]. De acuerdo con el profesor Cherif Bassiouni: "The three main pillars of the international criminal justice system are: an independent judiciary, a prosecuting authority which guards public interests, and independent and effective defense counsel"[73].

No había una voz formal ni ningún órgano o institución en las estructuras de los tribunales *ad hoc* que representara los intereses de las defensas y sus abogados ante esos tribunales. Esta ausencia institucional significó que la defensa no pudiera participar en la elaboración de las primeras Reglas de Procedimiento y Prueba de estos tribunales, ni de ninguno de los documentos originales con incidencia en su trabajo. Esta orfandad institucional de la defensa motivó —con el tiempo— la aparición de asociaciones independientes de abogados defensores[74].

A nivel organizacional, históricamente, los colegios de abogados han bregado por garantizar la independencia de los profesionales que ejercen liberalmente la abogacía. Se han encargado de responsabilizar individualmente a los abogados colegiados siguiendo estándares profesionales de competencia, conocimiento y conducta ética. Sin perjuicio de la tradición de los distintos sistemas judiciales, la independencia de los abogados en el ejercicio de su profesión es concebida por todos como un ingrediente esencial de un sistema de justicia saludable.

La "Asociación de Abogados Defensores ante el TPIY" ("*Association of Defence Counsel Practicing before the ICTY*" o ADC, por su sigla en inglés) fue creada en 2002 y luego fue rebautizada como "Asociación de Abogados Defensores ante la Corte y los Tribunales internacionales". Desde

---

[72] Ibíd., 26.

[73] Ibíd., 24.

[74] "The defense was not created as an internal structure of the Court, and Defense Counsel there had to work, notably through independent associations of Counsel, to gain status and resources", en: *Courting History: The Landmark International Criminal Court´s First Years*, Human Rights Watch (julio, 2008), 76. Consultado abril 10, 2019, https://www.hrw.org/reports/2008/icc0708/6.htm.

entonces, se dedicó a capacitar a los abogados defensores, con el apoyo y el financiamiento de los Registros.

La ADC le dio una voz a la defensa. En el TPIY, se reformaron las Reglas de Procedimiento y Prueba para establecer la obligatoriedad de la membresía a la asociación como condición para litigar en esa corte, aun cuando la misma no pertenecía a la estructura del tribunal (cfr. Reglas 44 y 45)[75]. Con la mediación de la ADC, las defensas pudieron participar en la elaboración y modificación de los reglamentos que rigen el tribunal y pudieron contribuir a la redacción de normativa relacionada con sus intereses (remuneraciones, Código de Conducta, etc.).

La Asociación Internacional de Abogados Defensores Penales (AIAD-ICDAA, por sus siglas en francés e inglés) ha promovido la incorporación al sistema de la CPI del "tercer pilar": "an independent legal profession", para generar un mejor equilibro estructural. Desde su óptica, el sistema de justicia penal internacional no solo necesita de tribunales y fiscales independientes, sino que también necesita de abogados independientes, tanto para asumir la defensa de los imputados como para representar a las víctimas. La incorporación de este pilar es entendido como una contribución a la legitimación de estos sistemas judiciales y al fortalecimiento del Estado de derecho.

En el marco de los emprendimientos impulsados por la ICDAA, en el año 2000 se lograron modificar las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI a fin de incluir las reglas 20-22, que incluyen disposiciones destinadas a preservar la independencia de los abogados que ejercen la representación legal de los imputados, como parte de los derechos que hacen a la garantía del juicio justo y al debido proceso legal[76]. Sin ser un

---

[75] Cfr. Reglas 44 y 45 (TPIY). Ante el TPIR, la membresía a la ADC fue voluntaria.

[76] "Rule 20 of the ICC Rules of Procedure and Evidence imposed a duty on the Registrar to 'organize the staff of the Registrar in a manner that promotes the rights of the defence, consistent with the principle of fair trial as defined in the Statute'. For this purpose, the Registrar was given the responsibility (a) to facilitate the protection of confidentiality; (b) to provide support, assistance, and information to all defence counsel appearing before the Court; (c) to assist arrested persons and persons subject to questioning pursuant to Article 55(2), as well as the accused, in obtaining legal advice and the assistance of legal counsel; (d) to advise the Prosecutor and Chambers on relevant defence-related issues; (e) to provide the Defence with the necessary facilities; and (f) to facilitate the dissemination of information and case law of

órgano independiente en el esquema de la CPI, la inclusión de estas reglas implicó que la defensa deje de ser un socio silencioso sin estatus oficial.

Además, la regla 20 (3) fue el puntapié inicial para la creación del Colegio Internacional Penal de Abogados (conocido por sus siglas en francés e inglés: BPI-ICB), que tuvo lugar en 2002. Esta entidad agrupa abogados individuales, colegios de abogados, organizaciones de profesionales del derecho y ONG dedicadas a cuestiones legales y tiene por objetivo último la protección de la independencia de los abogados que litigan ante la CPI, ya sean abogados defensores o representantes de las víctimas.

En 2016 se creó la International Criminal Court Bar Association (ICCBA) con el mandato de brindar representación colectiva y apoyo a los abogados y personal asistente de la defensa ante la CPI. La membresía a esta asociación no es obligatoria a los fines de litigar ante la Corte. Algunos autores entienden que esto debe ser modificado, siguiendo el modelo de la ADC ante el TPIY[77], para que la representatividad de la asociación sea indiscutida y pueda regular —indirectamente— aspectos que mejoren la calidad de la defensa (calificaciones, régimen disciplinario, etc.)[78].

En conclusión, las defensas ante estas cortes han encontrado dos vías institucionales a través de las cuales canalizar una vinculación organizada y homogénea con el tribunal y las restantes partes intervinientes, participar en los procesos de elaboración de normativa relevante y representar los

---

the Court to defence counsel and promote training of defence counsel. Rule 20(2) of the ICC Rules of Procedure and Evidence made specific mention of the responsibility of the Registrar to ensure the professional independence of defence counsel", Groulx, "Equality of Arms: Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System", 32.

[77] "The ICTY experience further teaches that while having a voluntary, independent association of defence counsel is a good start, mandatory membership for counsel practicing before the ICTY has proven even more useful. Unlike the ICCBA, it is clear that the ADC speaks for all counsel and that its recommendations and advice are a result of a democratic process of the entire defence counsel population before the ICTY. Moreover, the ADC has become a gatekeeper for the qualifications of defence counsel by not only being the main actor in the continuous learning and development of their membership, but also through their own disciplinary regime. Without such mandatory membership, the benefit of an independent association runs the risk of only being piecemeal", en: Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 22-23.

[78] Sobre la conveniencia de la obligatoriedad de la membresía a estas asociaciones, ver también: Temminck Tuinstra, "The principle of equality of arms", 152.

intereses colectivos e individuales de los acusados y sus representantes. Por un lado, la vía interna, protagonizada por el proceso evolutivo de instauración de Oficinas de Defensa en las estructuras de estos tribunales, que han ido mutando en sus características para ganar mayor autonomía y presencia institucional, hasta alcanzar el modelo utilizado en el STL. Por el otro lado, la vía externa, signada por el desarrollo progresivo de organizaciones que aglutinan a los abogados defensores ante estas instancias, con el fin de representar los intereses de la defensa en forma colegiada.

Ninguna de estas soluciones institucionales se sustituyen entre sí, sino que son complementarias, y ambas procuran resguardar el cabal cumplimiento del principio de igualdad de armas. Así,

> the principle of equality of arms can be protected through equal participation of the Defence, not only in court proceedings themselves, but also through providing a meaningful contribution to the development of the rules of procedure and evidence and other important legal and administrative instruments that may affect the course of proceedings. In order to facilitate such contributions, the Defence must be given a voice, preferably through both an independent, democratically organized defence association, and a strong defence office as part of the institutional structure. This will contribute greatly to the legitimacy of a court or tribunal and the credibility of its trials[79].

5. Reflexiones finales: igualdad de armas y legitimidad de los procesos

> The defence is there to offer safeguards and ensure that the prosecutor and the judges do not exercise their power arbitrarily […] lawyers will seldom get sympathy when representing very unpopular accused persons. To play their role effectively, especially in emotionally charged cases like war crimes, they need an institution to

[79] Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 23.

> support their work as guardians of the presumption of innocence […] The legal profession needs to hold in check and balance the other organs of the court (the Prosecutor and the Judiciary) to ensure the legitimacy and the credibility of the system […] "Courts try cases, but lawyer try the courts"[80].

El presente trabajo examina la observancia del principio de igualdad de armas en los procesos ante tribunales penales internacionales e internacionalizados y su posible afectación motivada en razones de índole material y de diseño institucional, en detrimento de los acusados y sus derechos.

Aun sin ser exhaustivo en cuanto al abordaje de la extensión de la problemática y de las soluciones implementadas, el trabajo demuestra que el debate sobre las desigualdades materiales e institucionales ha resultado transformador y ello se evidencia en la evolución de las normas e instituciones que regulan la defensa ante este tipo de jurisdicción internacional. Aquí se iluminan tres trayectorias evolutivas concretas relativas a los sistemas de asistencia legal, a la institucionalización de las oficinas de defensa y de las asociaciones internacionales de abogados.

En más de dos décadas de funcionamiento de estas cortes, se registran sucesivos cambios dirigidos —con mayor o menor éxito— a mejorar la situación de la defensa en sus aspectos materiales, financieros, regulatorios y de presencia institucional, en línea con un más estrecho cumplimiento de la igualdad de armas como pilar de los derechos a la defensa y a un juicio equitativo.

La protección del Estado de derecho impone dos objetivos centrales al sistema de justicia penal internacional: por un lado, el objetivo sustantivo de acabar con la impunidad de estos crímenes atroces mediante su enjuiciamiento y, por el otro, el objetivo adjetivo de asegurar el debido proceso y el juicio justo[81].

Si se entiende que el juzgamiento de estos crímenes pretende, en última instancia, promover el estado de derecho, la reconciliación y la paz en sociedades atravesadas por el conflicto, cabe preguntarse si esos

---

[80] Groulx, "Equality of Arms: Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System", 35.

[81] Ibíd., 21/22.

importantes objetivos se pueden lograr en el supuesto en que esos juicios sean llevados a cabo en condiciones legales, institucionales y materiales de disparidad que debiliten la posibilidad real del ejercicio adecuado del derecho de defensa[82]. "While bringing perpetrators of serious international crimes to justice is indeed imperative, not protecting their right to a fair trial would not only affect the individual perpetrators, but would severely undermine the establishment of the rule of law in a recovering society"[83].

El respeto total a los estándares reconocidos internacionalmente en materia de derechos de los imputados, en todas las etapas del proceso, constituye una pieza clave para reafirmar la credibilidad de estos tribunales y asegurar la legitimidad de sus procedimientos[84]. Richard Goldstone, primer Procurador Jefe ante el TPIY, sostuvo: "Whether there are convictions or whether there are acquittals will not be the yardstick. The measure is going to be the fairness of the proceedings"[85]. David Hunt, juez del TPIY: "This Tribunal will not be judged by the number of convictions which it enters [...] but by the fairness of its trials"[86].

Si el objetivo último es impartir justicia y enviar un mensaje mundial —tan concreto como simbólico— que recuerde a todos que la comunidad internacional no permitirá la impunidad de crímenes atroces, resulta irrenunciable la observancia de los derechos humanos y garantías fundamentales y, con ese fin, corresponde encontrar las soluciones institucionales más eficientes para garantizar el respecto de la igualdad de armas, la equidad de los procesos y el ejercicio efectivo y pleno del derecho de defensa, y así

---

[82] Ibíd., 35.

[83] Reinhardt y Feirabend, "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation", 3.

[84] Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704 of 3 May 1993, para. 106. Conceptos similares se pronunciaron en: *Report of the Secretary-General, Comprehensive Report on the Progress made by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Reforming its Legal Aid System*, UN Doc. A/58/288, 12 August 2003, at. 2, para. 5.

[85] Katz Cogan, "International Criminal", 114.

[86] Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Caso n.º IT-02-54-AR73.4, Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, public, octubre 21, 2003, para. 22.

alejar toda sospecha de parcialidad y contribuir a la legitimidad de estas instancias de juzgamiento.

Bibliografía

Ashraph, Sareta. "The Naked Defence Office: How an Unclear Mandate, Poor Staffing and Registry Disinterest Stripped the Office of Principal Defender". En *The Sierra Leone Special Court and its legacy*, editado por Jalloh, CUP, 2014.

Buzarovska, Gordana. "Interpretation of equality of arms in jurisprudence of Ad Hoc Tribunals and ICC". *SEEU review*, 11, I (2005).

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Cockayne, James. "The Fraying Shoestring: Rethinking Hybrid War Crimes Tribunals", *Fordham International Law Journal* 28, 3 (2004): 616-626.

Consejo de Europa. "Right to a fair trial", en *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Consultado marzo 20, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_eng.pdf.

Cook III, Julian A. "Plea Bargaining at The Hague". *Yale Journal of International Law* 30, 2 (2005): 473 a 480.

De Bertodano, Sylvia. *Report on Defence Provision for the Special Court for Sierra Leone,* febrero 28, 2003.

Directive on the Assignment of Defence Counsel. IT/73/Rev 1, agosto 1, 1994, artículo 11 (i).

Directive on the Assignment of Defence Counsel. IT/73/Rev 3 (1996), artículo 16.

Fedorova, Masha. *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*. Cambridge: Intersentia, 2012: 454-462.

Gallant, Kenneth. "Politics, Theory and Institutions: Three reasons why International Criminal Defence is hard and what might be done about one of them". *14 Criminal Law Forum* 317 (2003).

Groulx, Elise. "Equality of Arms: Challenges Confronting the Legal Profession in the Emerging International Criminal Justice System". *Revue Québécoise de Droit International*, (AIAD, octubre, 2010): 21-38, 30. Consultado abril 10, 2019. https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2010_hos_1_1_1408.

Human Rights Watch. *Courting History: The Landmark International Criminal Court's First Years*, (julio, 2008), 76. Consultado abril 10, 2019. https://www.hrw.org/reports/2008/icc0708/6.htm.

IBA, *Comments on Concept Paper: Review of the International Criminal Court Legal Aid System*, (9 junio, 2017): 4. Consultado abril 10, 2019. https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=5DBF1968-CE69-4053-A672-CDCC7B1F7E3E.

IBA, *Comments on ICC Draft Legal Aid Policy* (diciembre, 2018), 4-5. Consultado abril 10, 2019. https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=9FBC6DFF-A7F2-46DF-887A-27E24E21D02A.

IBA, *Fairness at the International Criminal Court*. Agosto, 2011.

ICC, *Concept Paper: Review of the International Criminal Court Legal Aid System*. Consultado abril 10, 2019, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/legalAidConsultations-CP-ENG.pdf.

Katz Cogan, Jacob. "International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects". *Yale Journal of International Law* 27, 1 (2002):

Keïta, Xavier-Jean. "Evolution or revolution: The Defence Offices in International Criminal Law", *ICTR Legacy Symposium: Evolution of Defence Systems in International Tribunals*. Arusha, November 2014.

Murphy, Sean. *Principles of International Law*. Eagan: Thomson-West, 2006.

Negri, Stefanía. "The Principle of 'equality of arms' and the evolving law of international criminal procedure". The Netherlands: *International Criminal Law Review* 5 (2005): 513-571.

Reglamento de la CPI. Consultado abril 10, 2019. https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtSpa.pdf (texto original) https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/regulationscourteng.pdf (texto modificado).

Reinhardt, Fiana y Feirabend, Lisa. "The development of the defence at the ICTY from an institutional perspective: lessons learned with regard to counsel's qualification, remuneration and participation". *International Crimes Database*, Brief 24, septiembre, 2018.

Report of the Secretary-General Pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UN Doc. S/25704 of 3 May 1993.

Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the International Criminal Tribunal for the former

Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda. GA 54/634. Noviembre 22, 1999.

Report of the Secretary-General, Comprehensive Report on the Progress made by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Reforming its Legal Aid System, UN Doc. A/58/288. Agosto 12, 2003.

Report of the Secretary-General, Comprehensive Report on the Progress made by the International Criminal Tribunal for Rwanda in Reforming its Legal Aid System, UN Doc. A/58/366. Septiembre 12, 2003.

Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon, UN. Doc., S/2006/893. Noviembre 15, 2006.

Roux, François. "La défence mise à la porte de la Cour pénale internationale?". *Gazette du palais*, n.° 262-263. Septiembre 19-20, 2014.

Schabas, William A. *The European Convention on Human Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2015.

Skilbeck, Rupert. "Building the Fourth Pillar: Defence Rights at the Special Court for Sierra Leone". *Essex Human Rights Review* 1, n.° 1 (enero, 2004): 66-86.

Statement on the Adoption of the Legal Instruments Governing the Organization and the Functioning of the STL, Sec. 2. Abril 1, 2009.

Temminck Tuinstra, J. P. W. "The principle of equality of arms". En *Defence counsel in international criminal law*, 151-160. Ámsterdam: Universidad de Ámsterdam, 2009.

Toma, Elisa. "The principle of Equality of arms –part of the right to a fair trial". Consultado marzo 20, 2019, *International Law Review*, http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/06-Elisa-Toma.pdf.

Jurisprudencia

ECHR/TEDH. Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, Application n.°14448/88, Judgment (Merits and just satisfaction), octubre 27, 1993, Series A, n.° 274.

ICJ. Judgment of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaint made against the Unesco, Advisory Opinion, octubre 23, 1956, ICJ Reports 1956.

ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.

ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order, septiembre 13, 1993, ICJ Reports 1993.

ICJ. Request for Examination of the situation in Accordance with paragraph 63 of the Court´s Judgment of 20 December 1974 in Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order, septiembre 22, 1995, ICJ Reports 1995.

Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, The Prosecutor v. Aleksovski. Case n.º I-95-14/1-A, Appeals Chamber, ICTY, febrero 16, 1999.

Prosecutor v. Dusko Tadic. Case n.º IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, julio 15, 1999.

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Case n.º IT-95-14/1-A, Appeals Chamber, Judgment 24 March 2000.

Prosecutor v. Slobodan Milosevic. Case n.º IT-02-54-AR73.4, Dissenting Opinion of Judge David Hunt on Admissibility of Evidence in Chief in the Form of Written Statement, public. Octubre 21, 2003.

Prosecutor v. Milan Milutinovic et al. Case n.º IT-99-37-AR73, Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal on Motion for Additional Funds. Noviembre 13, 2003.

Prosecutor v. Slobodan Milosevic. Case n.º IT-02-54-T, Trial Chamber, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel. Septiembre 22, 2004, paras. 29, 33.

Prosecutor v. Vidoje Blagojevic & Dragan Jokic. Case n.º IT-02-06-T, Decision on Independent Counsel for Vidoje Blagojevic's Motion to Instruct the Registrar to Appoint New Lead and Co-counsel, public. Julio 3, 2003.

Prosecutor v. Vidoje Blagojevic. Case n.º IT-02-60-AR73.4, Reasons for Decision on Appeal by Vidoje Blagojevic to replace his Defence Team, public redacted. Noviembre 7, 2003.

Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Case n.º ICTR-95-1-A, Trial Chamber II, Judgment and Sentence. Mayo 21, 1999.

Prosecutor v. Gérard Ntakirutimana. Case n.º ICTR-96-10-T, ICTR-96-17-T, Decision on the Motions of the Accused for Replacement of Assigned Counsel. Junio 11, 1997.

Jean Kambanda v. Prosecutor, Case n.º ICTR 97-23-A, Appeals Chamber, Judgment. Octubre 19, 2000.

Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Case n.º ICTR-95-1-A, Trial Chamber II, Judgment (Reasons). Junio 1, 2001.

Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofama, Allieu Kondewa. Case n.º SCSL-04-14-t-141, Trial Chamber, Decision on request by Samuel Hinga Norman for Additional Resources to Prepare His Defence. Junio 23, 2004.

El Tribunal Especial para el Líbano y el terrorismo

Sofía Josefina Danessa*

Resumen

El terrorismo se presenta como uno de los fenómenos más complejos de conceptualizar en el derecho internacional contemporáneo. Inaugurado en 2009, el Tribunal para el Líbano declaró al terrorismo como un crimen, basándose en el derecho consuetudinario internacional, tras un vacío legal de varias décadas. La tarea de definir qué es el terrorismo siempre se ha encontrado con importantes cuestionamientos. Para poder visualizar esta cuestión es que se debe reflexionar sobre el concepto de terrorismo y para ello nos enfocaremos únicamente en lo expuesto y razonado por el Tribunal para el Líbano.

Palabras clave: terrorismo, tribunales híbridos, Líbano.

* Consultora en Derecho Internacional Público de la Comisión Nacional del Límite exterior de la Plataforma Continental en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. Profesora de Derecho Internacional Público en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación, adjunta de la Dra. Frida Armas.

Abstract

Terrorism is presented as one of the most complex phenomena to conceptualize in contemporary international law. Inaugurated in 2009, the Tribunal for Lebanon declared terrorism a crime, based on customary international law, after a legal vacuum of several decades. The task of defining what is Terrorism has always met with important questions. In order to visualize this question, it is necessary to reflect on the concept of terrorism and in that order we will focus in the reasoning and argumentation of the Court of Lebanon.

Keywords: terrorism, hybrid courts, Lebanon.

1. Antecedentes y contexto normativo: dificultades para definir al terrorismo[1]

Desde 1937, la comunidad internacional ha intentado definir el terrorismo con poco éxito. Sin ir más lejos, el único tratado de carácter universal que se ha adoptado hasta la fecha contra el terrorismo es la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo en el marco de la Sociedad de las Naciones, luego del atentado de Marsella del 9 de octubre de 1934, que derivó en la muerte del rey Alejandro I de Yugoslavia[2]. No obstante, nunca entró en vigor.

Aún a la fecha no se ha logrado construir un acuerdo internacional de vocación universal que prohíba el terrorismo categóricamente y que se aplique en toda circunstancia. Sin duda, la tarea de definir al terrorismo es difícil, ya que se presenta como un término multívoco en casi todas las fuentes consultadas. Se han propuesto muchas definiciones. En el libro de Alex Schmidt y Albert Jongman se recopilaron 109, mediante

[1] Este trabajado es una ponencia que forma parte de la investigación personal de la autora, y que ha sido publicado en otras revistas especializadas, en el marco del Proyecto Ius sobre terrorismo de la Pontificia Universidad Católica Argentina, que dirige desde el año 2016 a la fecha.

[2] Silvia Fernández de Gurmendi, "Iniciativas de las Naciones Unidas para combatir el terrorismo internacional", *Revista de Relaciones Internacionales* 8, n.º 7 (junio-noviembre, 1999): 2.

un cuestionario enviado a expertos en la materia[3]. Y del análisis de todas ellas podemos inferir que no existe una definición precisa del término. Por otra parte, en la mayoría de los casos vemos que hay un contenido político en las definiciones. Previo a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, existía un consenso de que el terrorismo era un término que no conllevaba importancia legal. Al dejar el concepto de terrorismo vago e indefinido, se creía que las normas generales de derecho internacional eran suficientes para criminalizarlo. Cuando las mismas resultaron insuficientes, fueron surgiendo distintos tratados que se referían a métodos específicos de violencia empleados por los terroristas como el secuestro o el apoderamiento ilícito de aeronaves. Sin embargo, ninguno de estos tratados contiene una definición de carácter global.

Los ataques del 11-S resaltaron este fracaso sistemático e impulsaron un renovado interés en la posibilidad de una definición de terrorismo internacionalmente aceptada. Lo que siguió fue un rápido, complejo y descoordinado proceso de creación e implementación de normas. Desde el 2001, el término "terrorismo" generó consecuencias jurídicas, con el Consejo de Seguridad exigiéndole a los Estados implementar medidas contra actos terroristas y los sujetos que los realizan[4].

El Consejo de Seguridad, el 28 de septiembre de 2001, dictó la Resolución 1373, también conocida como la Resolución Antiterrorista, la cual plantea para las naciones del mundo un número considerable de medidas preventivas con el fin de combatir el terrorismo. En concreto, la política antiterrorista contenida en esta Resolución se puede resumir en cuatro grupos de medidas. En primer lugar, en generalizar el reconocimiento del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva ante todo tipo de ataque terrorista. En segundo lugar, en introducir medidas obligatorias para prevenir y reprimir la financiación de todo acto de terrorismo. En tercer lugar, describe una serie de medidas imperativas destinadas a hacer efectiva la responsabilidad jurídica de los autores de

---

[3] Alex P. Schmid y Albert J. Jongman, *Political terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature*, (New Jersey: Transaction Books, 1988).

[4] Almiro Clere, "An Examination of the Special Tribunal for Lebanon's Explosive Declaration of 'Terrorism' at Customary International Law", (University of Otago, October 2012), 4.

los actos de terrorismo. En cuarto y último lugar, el Consejo exhortó a todos los Estados (y, por lo tanto, se trata de recomendaciones y no de medidas jurídicamente obligatorias) a asumir una variada red de medidas para reforzar la lucha contra el terrorismo[5].

En la Resolución 1566 (2004), de 8-X-2004 el Consejo llegó a dar una definición legal del terrorismo:

> Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza[6].

Desde ese momento, el Consejo de Seguridad ha dictado diferentes resoluciones que abordan de alguna manera la lucha contra el terrorismo. De especial importancia ha sido la Resolución 1624 de 2005, la cual instó a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas en cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional[7]. En el mismo sentido, dictó, entre otras, la Resolución 2462 el pasado 28 de marzo de 2019 en la que reafirma que el terrorismo en todas sus formas

---

[5] Valentín Bou Franch y Carlos Fernández de Casadevante Romaní, *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, (Valencia: MINIM Agència Edicions, 2009), 43-44.

[6] Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, 8 de octubre de 2004, 2.

[7] Juan Ramón Martínez Vargas, *Derecho internacional y terrorismo*, (Madrid: Instituto Berg, 2014), 31-32.

y manifestaciones es una grave amenaza a la paz y seguridad internacional. La acción del Consejo de Seguridad ha producido un efecto positivo sobre el orden jurídico interno de los Estados, a la fecha: todos tienen ya legislación penal, general o específica, en la que se tipifica el delito de terrorismo y se establece la obligación de juzgar o extraditar a los presuntos terroristas. No cabe duda alguna de que esta situación "nueva" en la legislación de varios Estados fortalece, aún más, la consideración del terrorismo como crimen internacional del individuo[8].

Tal como surge de lo dispuesto por el Consejo de Seguridad en sus resoluciones, el terrorismo es una grave amenaza a la paz y a la seguridad internacional, y aquí es donde se cuestiona si no es esta circunstancia una violación de una norma imperativa del derecho internacional. Y también se debe responder a la siguiente pregunta. ¿Si se viola una norma imperativa no se comete un crimen internacional?

Dicha pregunta, para bien o para mal, fue respondida por el Tribunal Especial para el Líbano. En el 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a las Naciones Unidas que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentando que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en Beirut y causó la muerte del exprimer ministro libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Con arreglo a la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, las Naciones Unidas y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Finalmente a través de la adopción de la Resolución 1757 (2007) se aprobó el Estatuto del Tribunal Especial, el cual finalmente entró en vigor el día 10 de junio de 2007.

2. Aproximaciones a la concepción del terrorismo como crimen internacional del Tribunal Especial para el Líbano

2.1. El Tribunal Especial para el Líbano es un tribunal híbrido

La primera cuestión a tratar estará centrada en la naturaleza de este Tribunal Especial. Resulta pertinente iniciar entendiendo qué significa que el Tribunal para el Líbano sea un tribunal híbrido, y para aquello primero

[8] Bou Franch y Fernández de Casadevante Romaní, "*La inclusión del terrorismo*", 52-53.

debemos describir que existen cuatro formas de clasificar las jurisdicciones que han sido utilizadas a lo largo de la historia para que los crímenes más graves que se han cometido a lo largo de la historia no queden impunes. Aquí encontramos la jurisdicción penal nacional, la jurisdicción ejercida por los tribunales penales *ad hoc* o internacionales especiales, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y la jurisdicción de los tribunales penales mixtos, híbridos o internacionalizados[9].

En cuanto a la naturaleza jurídica de las distintas instancias judiciales, se distinguen los tribunales internacionales. Y aquí incluimos a los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y a la Corte Penal Internacional, ya que estos son los únicos tribunales puramente internacionales en cuanto a su composición por jueces y personal enteramente internacional, sin participación de los Estados que entran bajo su jurisdicción; y a la aplicación de derecho internacional con exclusión de los derechos internos de cada Estado[10].

Así también poseemos los tribunales penales internacionalizados o híbridos como lo es el tribunal de estudio y son aquellos tribunales que no tienen un carácter puramente internacional, sino que son híbridos o mixtos, ya que forman parte de los sistemas de justicia nacionales y solo ostentan algunos rasgos de índole internacional. En este tipo de tribunales su personal, incluyendo los magistrados, va a estar compuesto por nacionales de los Estados bajo su jurisdicción, pero también por personal internacional; y en cuanto al derecho aplicable deberán tener en cuenta tanto el derecho nacional como el derecho internacional[11].

Estos últimos forman parte del esfuerzo por encontrar soluciones viables, teniendo en consideración la difícil labor de juzgar todos los crímenes por un único tribunal internacional, como lo es la Corte Penal Internacional, y el elevado costo, por otra parte, que implica crear tribunales internacionales especiales, como se hizo con los crímenes cometidos en Ruanda o en la ex-Yugoslavia[12].

---

[9] Jérémie Swinnen, "Las ventajas de los tribunales penales mixtos como modelo de justicia para el futuro", Prudentia Iuris 82, (diciembre, 2016): 108.

[10] Swinnen, "Las ventajas de los tribunales penales mixtos", 109.

[11] Ibíd., 109.

[12] Ibíd., 111-112.

Este tipo de jurisdicción penal internacional aparece en Sierra Leona, Líbano, Timor Leste, Kosovo, Bosnia-Herzegovina y Camboya. Esta nueva forma de hacer justicia resulta particularmente atractiva, principalmente por su menor costo en comparación a los tribunales penales internacionales *ad hoc* y por la constructiva herencia que esta deja en el país en el que interviene, incorporando un alto valor agregado internacional a la estructura nacional existente, muchas veces precaria[13].

Si bien la vía más natural u ordinaria de creación de estos tribunales es mediante un acuerdo entre el Estado y las Naciones Unidas a través de un tratado, como sucedió con los casos del Tribunal Especial para Sierra Leona y las cámaras extraordinarias para Camboya, no obstante, existen varios otros fundamentos que dieron origen a este modo de hacer justicia[14].

En el caso de la constitución de las cámaras especiales para Timor Leste y las jurisdicciones mixtas en Kosovo, estas han sido creadas bajo un mandato de administración mucho más amplio de las Naciones Unidas sobre dichos territorios, ya que las mismas han sido impuestas de manera coercitiva bajo el capítulo VII del Consejo de Seguridad por razones de paz y seguridad internacional[15].

En cuanto al Líbano, que es en este caso el tribunal en cuestión, si bien al principio parecía que un tribunal mixto iba a ser creado a través de un tratado, este resultó frustrado y el Consejo de Seguridad optó por la vía también del capítulo VII, pero con ciertas características muy particulares, ya que ninguna obligación de cooperación ni contribución es exigida a los demás Estados con respecto a este tribunal, se aplica principalmente el derecho libanés, la competencia del tribunal solo se concentra en un hecho (el atentado contra el primer ministro Hariri y los atentados relacionados) y con un papel mucho menos activo por parte de la organización[16]. Fue inaugurado en marzo de 2009, de conformidad con la Resolución 1664 del Consejo de Seguridad[17], el Tribunal Especial para el Líbano tiene

---

[13] Ibíd., 108-109.

[14] Ibíd., 110.

[15] Swinnen, "Las ventajas de los tribunales penales mixtos", 110.

[16] Resolución 1757 (2007), del Consejo de Seguridad, 30 de mayo de 2007.

[17] Resolución 1664 (2006), del Consejo de Seguridad, 29 de marzo de 2006.

competencia sobre los crímenes cometidos que incumben al ámbito de aplicación del derecho penal libanés, en relación con el ataque contra el exprimer ministro realizado el 14 de febrero de 2005. Es el primer tribunal internacional que juzga crímenes de incumbencia del derecho nacional y que afronta el terrorismo como un crimen distinto. La sede del tribunal está en La Haya y tiene una oficina en Beirut[18].

La proliferación de órganos judiciales es particularmente significativa en el ámbito del derecho penal internacional, donde, a pesar de la existencia de una Corte Penal Internacional, las exigencias políticas o las circunstancias propias de algunas situaciones han conducido al establecimiento de sistemas de justicia penal específicos, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial Iraquí, las Salas Especiales para Camboya, las Salas Especiales de Delitos Graves en Timor-Leste y el sistema judicial de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo[19].

2.2. Mandato del Tribunal Especial para el Líbano

Como explicamos anteriormente, los ataques del 11 de septiembre de 2001 dieron lugar a un renovado interés en la posibilidad de alcanzar una definición internacionalmente aceptada del terrorismo. Pero hay desacuerdo que sugiere un grado persistente de indeterminación sobre el estado conceptual y normativo del terrorismo internacional en el derecho internacional y fue en este contexto que el Tribunal Especial para el Líbano se cuestionó acerca de la definición de terrorismo y si esta existía en el derecho internacional[20].

El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a las Naciones Unidas que establecieran un tribunal de carácter internacional. Con arreglo a la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, las Naciones Unidas y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano.

---

[18] "Justicia penal internacional: las instituciones", CICR. Consultado mayo 25, 2019, https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/2014/international-criminal-justice-institutions-icrc-spa.pdf

[19] Robin Geiss y Noëmie Bulinckx, "Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados", *Revista Internacional de la Cruz Roja 861*, (marzo, 2006): 2.

[20] Clere, "An Examination of the Special Tribunal for Lebanon", 5.

Una vez aprobada la Resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del Tribunal Especial que figuraba como apéndice, entraron en vigor el 10 de junio de 2007[21].

El mandato del Tribunal Especial para el Líbano es enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del exprimer ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. La competencia del Tribunal puede ampliarse más allá del atentado con bomba de 14 de febrero de 2005 si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado de 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares. Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (*modus operandi*) y autores. Los delitos cometidos después del 12 de diciembre de 2005 podrán incluirse en la competencia del Tribunal bajo los mismos criterios si así lo deciden el Gobierno de la República Libanesa y las Naciones Unidas, con el consentimiento del Consejo de Seguridad[22].

2.3. La cuestionada definición de terrorismo: argumentos del tribunal y análisis crítico

La interpretación del Tribunal de la legislación del Líbano y del derecho consuetudinario proporcionó una plataforma para que se entienda el concepto de crimen de terrorismo. Esa base fue construida sobre la interpretación de las disposiciones aparentemente inequívocas del Estatuto del Tribunal para el Líbano en el contexto del derecho internacional y el Convenio para la represión del terrorismo de 1998. Con referencia a esas fuentes, el tribunal era capaz de interpretar su jurisdicción interna

---

[21] Resolución 1757 (2007), del Consejo de Seguridad, 30 de Mayo de 2007; Librería Audiovisual de Derecho Internacional de Naciones Unidas, introducción por Nicolas Michel. Consultado mayo 25, 2019, http://legal.un.org/avl/ha/abunal/abunal.html.

[22] Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

en razón de la materia a la luz de las normas internacionales relativas al terrorismo[23].

El Tribunal Especial para el Líbano es único, ya que en su Estatuto no hace mención al derecho internacional (consuetudinario) como fuente de derecho pertinente para el ejercicio de su jurisdicción en razón de la materia. En lugar de él, la ley aplicable es la ley libanesa. Pero si es verdad que se utilizó el derecho internacional consuetudinario para reinterpretar normas del Código Penal Libanés, en lo que al crimen de terrorismo se refiere. Las técnicas de interpretación aplicados por el Tribunal le permitieron usar el derecho internacional para determinar la definición de terrorismo del Código Penal del Líbano, ya que esta era ambigua[24].

El artículo del Código penal libanes en cuestión era el artículo 314 y la Convención Árabe es el único tratado internacional ratificado por Líbano a la luz del cual se extrae una definición general de terrorismo y que fue la base para interpretar el derecho penal libanés, ya que da una definición más amplia porque no delimita los medios por los cuales se pueden perpetrar actos terroristas.

Esta interpretación a la luz de la Convención Árabe fue muy criticada, ya que muchos autores sostienen que el Tribunal no tiene competencia jurisdiccional para aplicar los tratados internacionales. En efecto, el Consejo de Seguridad excluye expresamente la aplicación de la Convención Árabe y que la eliminación de la referencia a la Convención árabe desde el proyecto original con eficacia privó al Tribunal Especial de la posibilidad de basar su procedimiento mediante la definición amplia de terrorismo prevista en la Convención Árabe[25].

A la luz de esta crítica sostienen algunos pensadores que la Convención Árabe no es relevante para el derecho penal interno, su definición

---

[23] El método convencional de dos pasos de interpretación estipula que cuando el significado llano/ordinario/ manifiesto de un texto es claro, no es necesario recurrir a "reglas de interpretación" para dilucidar el significado. Solo cuando exista una ambigüedad en el significado del texto debe interpretarse por segunda vez a la luz de ayudas, asistencias, auxiliares, recursos interpretativos. En este enfoque, un tribunal no puede crear una ambigüedad hacia la norma para legitimar un proceso de interpretación que resultará efectiva en la enmienda de la legislación vigente.

[24] Clere, "An Examination of the Special Tribunal for Lebanon", 11.

[25] Ibíd., 16.

no añade claridad a la interpretación del artículo 314, y su uso constituye una violación de los límites jurisdiccionales del Tribunal Especial y la decisión no incluye ninguna referencia a la jurisprudencia del Líbano para apoyar su interpretación del ordenamiento jurídico libanés del que no puede realizarse una interpretación extensiva. El efecto práctico de confiar en la costumbre internacional como una ayuda interpretativa es ampliar el alcance de la responsabilidad penal[26].

La realidad es que el aspecto más controversial fue el reconocimiento de que existe en la costumbre internacional el crimen de terrorismo que ya ha emergido y se ha cristalizado en el derecho internacional. Los pensadores como Antonio Cásesse (2006) sostienen que los elementos objetivo y subjetivo que posee el crimen de terrorismo en tiempos de paz están cristalizados en el derecho consuetudinario, claro está, con amplios parámetros para alcanzar una definición del crimen de terrorismo.

En esta línea de pensamiento al momento de concluir en una definición de terrorismo, los que argumentan la existencia del crimen de terrorismo sostienen que en el camino se han encontrado con dos excepciones. La primera es si la violencia llevada a cabo por movimientos de liberación nacional puede incurrir en el crimen de terrorismo o si medidas que pueda tomar el Estado pueden ser calificadas como tal[27].

La realidad es que se ha ido formando una costumbre internacional que considera que el terrorismo es un crimen internacional y entendemos que la costumbre, tal como lo reza el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es una prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

Entendemos además que esta costumbre es vinculante para los Estados. Esta costumbre posee dos elementos. Uno objetivo, que es la prueba de una práctica uniforme y constante de una conducta. Y posee un elemento subjetivo u *opinio iuris*, que es la convicción de su obligatoriedad, o sea que es una regla de derecho.

Este sistema de formación del derecho internacional consuetudinario, por lo tanto, puede ser considerado como circular. Los Estados están

---

[26] Ibíd., 20.

[27] Ibíd., 21, nota 95.

creando en efecto una regla, actuando de conformidad con dicha norma durante un período de tiempo, ya que sienten que están legalmente obligados a hacerlo. Por lo tanto, para que exista un crimen de terrorismo en el derecho consuetudinario, es necesario que haya pruebas de un reconocimiento general entre los Estados de los elementos de una definición de "terrorismo" para que pueda existir como un crimen internacional. Por otra parte, también debe haber una creencia compartida de que este en la práctica es legalmente vinculante.

El enfoque adoptado por el Tribunal es diferente de la tradicional metodología para determinar la existencia del derecho consuetudinario, ya que adoptó una metodología no convencional con el derecho consuetudinario en formación. En lugar de centrarse en las diferencias de la práctica de los Estados, extrae los elementos comunes. Las divergencias en cuanto al alcance de las definiciones de terrorismo no significan necesariamente que la concepción central de terrorismo sea fundamentalmente diferente[28].

Por esa razón, el derecho consuetudinario es lo suficientemente flexible como para dar cabida a la práctica de Estados que no concuerdan exactamente con la norma escrita. Este enfoque evita el formalismo de rechazar una definición de terrorismo debido a una falta de uniformidad estricta.

El Tribunal inició el examen de práctica de los Estados al tratar de identificar los elementos o temas comunes dentro de las definiciones nacionales de terrorismo y concluyó que las leyes nacionales definían de manera similar al terrorismo con los mismos términos que se utilizan en instrumentos internacionales[29].

Una crítica que recibió esta conclusión fue que no distinguió entre las legislaciones nacionales que abordaban al terrorismo doméstico con las que lo abordaban como terrorismo transnacional, de las treinta y siete definiciones que analizó solo en once casos encontró definiciones relativas a terrorismo trasnacional. Y, así mismo, sostienen los detractores que combinó las definiciones penales de terrorismo con definiciones no penales.

Existen decisiones judiciales que actúan como medio subsidiario para la determinación legal internacional de Reglas de derecho. En consecuencia,

---

[28] Ibíd., 23.

[29] Ibíd., 26.

pueden constituir una prueba clara de la costumbre que se ha generado en cuanto al crimen de terrorismo internacional[30]. El Tribunal citó nueve decisiones judiciales como prueba de reconocimiento explícito de un crimen de terrorismo en el derecho internacional general. En los últimos años, los tribunales han llegado a conclusiones concordantes sobre los elementos de un crimen internacional del terrorismo no sobre una definición.

También, hasta la fecha, la ONU ha formulado 13 instrumentos internacionales multilaterales que contienen manifestaciones específicas de terrorismo. La Sala de Apelaciones se refiere a su consistencia como indicativo de la aparición de una norma consuetudinaria que se ha ido cristalizando, pero frente a esta afirmación la principal crítica que ha recibido es que las convenciones pueden ser consideradas como respuestas sectoriales para hacer frente a las manifestaciones particulares de terrorismo, aunque ninguna tiene una definición uniforme de terrorismo[31]. La resolución más significativa de la Asamblea General es la Declaración de 1994 sobre medidas contra la eliminación del Terrorismo Internacional y en dar una definición política sobre terrorismo[32]. Esta resolución fue aprobada sin votación, lo que sugiere un consenso entre los Estados, y ha sido reiterada en numerosas resoluciones posteriores.

La primera crítica de la definición del Tribunal es que el dolo especial es requisito que podría abarcar actividades que no causan el terror o el miedo. Y en cuanto a esto tomó dos elementos; por un lado, la intención de difundir el miedo entre la población (que, por lo general, supondrá la creación de peligro público) y, por otro lado, coaccionar directa o indirectamente a una autoridad nacional o internacional para que realice una determinada acción o se abstenga de hacer algo.

Una crítica es que es factible que se pueda extender a una conducta que pueda no ser típicamente considerada terrorismo, como la protesta política y el efecto de esta expansión podría provocar que los gobiernos cuenten con una poderosa herramienta legal para suprimir la discordia por los oponentes políticos.

---

[30] Ibíd., 30.

[31] Ibíd., 34.

[32] Resolución A/RES/49/60 de la Asamblea General, febrero 17, 1995.

También amplió el requisito de la intención especial y el abandono de la restricción de medios, lo que hizo que se haya ampliado la definición de terrorismo. De este modo, tiene efectivamente incluidas conductas que anteriormente no habrían calificado como terrorismo en virtud del artículo 314 del Código libanés. Esta definición ampliada del artículo 314 puede dejar la decisión abierta a una violación del principio de *nulla crimen sine lege*[33].

El Tribunal desestimó las reclamaciones de que su definición violaría ese principio fundamental al señalar que el delito ya existía en el derecho internacional al tiempo de dictar la sentencia, tanto en tratados vigentes para Líbano como en el derecho consuetudinario internacional, apoyándose en la resolución del Tribunal para la ex-Yugoslavia, pero esa decisión emana de un tribunal con autoridad, en virtud de su Estatuto, para aplicar derecho internacional consuetudinario. Además, lo justifica afirmando que el Líbano se ha adherido a una serie de convenciones internacionales aplicables a Líbano, pero tal vez esos tratados se aplican en contextos particulares como, por ejemplo, abordo de aeronaves.

Una de las críticas que también recibió fue que el papel de los tribunales internacionales en la persecución del terrorismo es probable siendo limitada. La jurisdicción de los tribunales internacionales es a menudo restrictiva. Solo el Tribunal Especial del Líbano tiene competencia material sobre el terrorismo.

No obstante, varios tribunales tienen jurisdicción sobre los actos de terrorismo en el marco de los crímenes de guerra, tales como la Corte Penal Internacional (CPI). Y el delito de terrorismo como crimen de guerra requiere diferentes elementos a los de la delincuencia putativa del terrorismo en el derecho consuetudinario. Como resultado, el impacto de la declaración del Tribunal para el Líbano tendría poca influencia en cualquier otro tribunal internacional. La crítica lleva a que es poco probable que el terrorismo pase a convertirse en un crimen de la competencia de la CPI. Aunque se han hecho propuestas para incluir el terrorismo como crimen en el Estatuto de la CPI, y estos han sido repetidamente rechazados con el argumento de que no hay una definición generalmente aceptada de terrorismo.

---

[33] Clere, "An Examination of the Special Tribunal for Lebanon", 41.

Las objeciones a la inclusión de un crimen de terrorismo se dieron por tres motivos. En primer lugar, que no hay definición de terrorismo, ya que en los trece convenios contra el terrorismo se define una variable cantidad de hechos constitutivos de terrorismo. En segundo lugar, que la inclusión de un crimen de terrorismo corre el riesgo de politización de la cuestión. Y, por último, que existen dificultades de procedimiento para la modificación del estatuto[34].

A pesar de estas críticas de la decisión, creemos que podrá, con el tiempo, convencer a la comunidad internacional de que es emergente o ha surgido una definición general del terrorismo, y la posibilidad de que la jurisdicción de la CPI de aplicación material se ampliará explícitamente a contener al terrorismo en el futuro.

La declaración de una norma consuetudinaria no equivale a una plataforma jurisdiccional automática para los tribunales nacionales para enjuiciar a los sospechosos de terrorismo. La aplicación del derecho internacional consuetudinario directamente requiere que la legislación nacional del Estado en cuestión permita la aplicación de las normas penales no escritas. Cada Estado tiene derecho, en virtud del derecho internacional consuetudinario para ejercer la jurisdicción extraterritorial en relación con crímenes internacionales y si los tribunales de un Estado tienen jurisdicción extraterritorial en derecho interno depende, por supuesto, de sus disposiciones constitucionales y la relación entre el derecho internacional consuetudinario y la jurisdicción penal nacional[35].

El principio de legalidad es probable que plantee restricciones. En muchos Estados, los estrictos principios de legalidad prohíben el procesamiento en virtud de las disposiciones penales no escritas. A nivel internacional, el Pacto de derechos civiles y políticos permite la persecución penal, cuando el acto u omisión es delictivo con arreglo al derecho internacional o nacional, con independencia de si la disposición es una norma escrita o no escrita.

Sin embargo, en muchas legislaciones nacionales se exige el cumplimiento estricto del principio de legalidad. En la práctica, esto restringirá

---

[34] Ibíd., 45.

[35] Ibíd., 46.

aún más el número de Estados que puedan aplicar la medida. Por ejemplo, los Estados que requieren el elemento adicional de una motivación política, religiosa o ideológica tendrán una definición más específica de terrorismo, por lo que no será capaz de aplicar la definición más amplia en el derecho consuetudinario. La realidad es que el Tribunal definió al terrorismo como un "crimen internacional".

En la última década, la jurisdicción universal ha sido empleada con el fin de evitar la impunidad de crímenes internacional. Hasta la fecha, dieciocho Estados tienen leyes nacionales que dan a sus tribunales jurisdicción universal sobre los "delitos contra el derecho internacional" en virtud de costumbre internacional; de ello se deduce que al considerar el terrorismo como un crimen internacional, estos Estados pueden ejercer la jurisdicción universal sobre el recién declarado crimen.

Hay una serie de dificultades inherentes en el procesamiento del terrorismo en tribunales nacionales por medio de la jurisdicción universal. Algunas leyes nacionales sobre extradición no incluyen la obligación de extraditar o procesar, mientras que otros no permiten la extradición en ausencia de un convenio bilateral de extradición. Un número de Estados impone varias restricciones a la extradición de nacionales.

Por lo tanto, los problemas en curso en perseguir el crimen en cuestión permanecen. Incluso si la declaración del Tribunal se aceptara, el ejercicio de la competencia y la extradición dentro y entre los Estados será problemático. Lo que se requiere es una obligación exigible en los Estados[36]. Un tratado general que sea aceptado e implementado por la mayoría de la comunidad internacional podría asegurar una base para la cooperación transnacional. La declaración del terrorismo como un crimen puede funcionar como un escalón importante en el logro de la creación de ese tratado.

Conclusiones

La proliferación de órganos judiciales es particularmente significativa en el ámbito del derecho penal internacional, donde, a pesar de la existencia de una Corte Penal Internacional, las exigencias políticas o las circunstancias

[36] Clere, "An Examination of the Special Tribunal for Lebanon", 49.

propias de algunas situaciones han conducido al establecimiento de sistemas de justicia penal específicos, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial Iraquí, las Salas Especiales para Camboya, las Salas Especiales de Delitos Graves en Timor-Leste y el sistema judicial de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo[37].

Con respecto a la decisión del Tribunal para el Líbano, debemos concluir que tiene una gran importancia, ya que es la primera vez en la historia que un tribunal internacional ha propuesto con autoridad una definición general del terrorismo en virtud del derecho internacional consuetudinario. Creemos que el Tribunal es un importante punto de inflexión en la persecución de terrorismo transnacional, ya que surge del derecho consuetudinario la definición y, consecuentemente, el derecho internacional consuetudinario es vinculante para todas las naciones, por lo que la decisión podrá servir de base legal para procesar el terrorismo transnacional en tribunales internacionales e internos.

En su decisión interlocutoria de la Cámara de Apelaciones sobre el derecho aplicable para el tribunal, estableció que aunque muchos expertos afirman que no existe una definición de lo que constituye terrorismo por la diversidad de opiniones existentes al respecto, la verdad es que esta definición gradualmente ha ido apareciendo. Adicionalmente, el Tribunal encuentra que dentro de un gran número de tratados, resoluciones de la ONU y la práctica legislativa y judicial de diversos Estados, se evidencia la existencia de una costumbre internacional sobre la definición de terrorismo, y que además la existencia de la *opinio iuris* sobre esta no puede ser cuestionable. Así, el Tribunal encuentra que dentro de la definición de terrorismo podemos identificar tres elementos principales, siento estos: i) la comisión de un acto criminal o la amenaza de comisión de este; ii) la intención de infundir temor en la población, o que directa o indirectamente se intente coaccionar a una autoridad nacional o internacional para que actúe o en determinado sentido o deje de hacerlo; iii) que el acto involucre un elemento trasnacional.

Si bien la postura del Tribunal de Líbano es discutible desde muchos puntos de vista, como lo son el principio de legalidad que aplica para

[37] Geiss y Bulinckx, "Cuadro comparativo de los tribunales penales", 2.

el derecho penal internacional, la falta de uniformidad con respecto a la definición de terrorismo en todos los sistemas jurídicos del mundo o simplemente la imposibilidad de un tribunal para definir crímenes de derecho internacional, es preciso resaltar que dicho tribunal adopta una posición acertada cuando recalca la importancia de tener una definición uniforme del crimen de terrorismo a nivel internacional. En ese sentido, resulta propio resaltar esta decisión como un paso más hacia la necesaria tipificación de este flagelo como un crimen en el futuro.

Podemos llegar a la conclusión de que existen distintas soluciones posibles para atender la falta de una definición legal internacional de terrorismo, más allá de la obvia creación de una Convención General sobre Terrorismo. Una relativamente fácil sería una Resolución del Consejo de Seguridad en la cual se expida sobre una definición del crimen de terrorismo. Una segunda solución sería la creación de un tribunal *ad hoc* que tenga competencia exclusiva sobre los casos de terrorismo previa resolución del Consejo de Seguridad.

Por último, otra opción sería extender la competencia de la CPI para comprender crímenes de terrorismo. Para ello, se necesitaría una reforma del Estatuto de Roma[38]. Tal vez, con el tiempo y el consenso, la prohibición de terrorismo puede continuar madurando y convertirse en un derecho consuetudinario cristalizado tal como piensa el Dr. Antonio Cassese, y la ayuda más efectiva para que esta maduración se efectivice sea una sentencia o una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia estableciendo una definición internacionalmente aceptada del terrorismo, ya que dejar que los Estados utilicen sus propias definiciones nacionales abre efectivamente la puerta a un enfoque fragmentado.

Bibliografía

BouFranch, V. y Fernández de Casadevante Romaní, C. La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Valencia: MINIM agència edicions, 2009.

[38] Bibi, Van Ginkel, "Combating Terrorism: Proposals for Improving the International Legal Framework", en *Realizing Utopia, The Future of International Law*, editado por Antonio Cassese, 461-480, (Oxford University Press, 2012), 478.

Cassese, Antonio. "The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law", *Journal of International Criminal Justice* 4, n.º 5 (noviembre, 2006): 933-958.

Clere, Almiro. "An Examination of the Special Tribunal for Lebanon's Explosive Declaration of 'Terrorism' at Customary International Law". University of Otago, 2012. https://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago043934.pdf

Fernández de Gurmendi, Silvia A. "Iniciativas de las Naciones Unidas para combatir el terrorismo internacional". *Revista de Relaciones Internacionales* 8, n.º 7 (noviembre, 1999): 1-17.

Geiss, Robin y Noëmie, Bulinckx. "Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados". *Revista Internacional de la Cruz Roja* 861, (marzo, 2006): 1-22.

Martínez Vargas, Juan Ramón. *Derecho internacional y terrorismo*. Madrid: Instituto Berg, 2014.

Schmid, Alex P. y Jongman, Albert J. *Political terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature*. New Jersey: Transaction Books, 1988.

Swinnen, Jérémie. "Las ventajas de los tribunales penales mixtos como modelo de justicia para el futuro", *Prudentia Iuris* 82 (Diciembre 2016): 107-122.

Van Ginkel, Bibi. "Combating Terrorism: Proposals for Improving the International Legal Framework". En *Realizing Utopia, The Future of International Law*, 461-480, editado por Antonio Cassese. Oxford University Press, 2012.

Werle, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

La recepción y desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad internacional del Estado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de los criterios de atribución de conductas al Estado: el hecho ilícito en el tiempo y las formas de reparación integral

Ricardo Abello-Galvis[*]
Walter Arévalo-Ramírez[**]

---

[*] Profesor principal de carrera académica de la Universidad del Rosario. Miembro del Grupo Nacional ante la Corte Permanente de Arbitraje – CPA (2014-2025), agente de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva No. 23), director / Editor del ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, codirector de la Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y DIH, director de la Especialización en Derecho del Mar. Miembro del Consejo Académico de la Academia Augusto Ramírez Ocampo en representación del Sr. ministro de Relaciones Exteriores de Colombia. Miembro de SLADI – Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Miembro de la SFDI – Sociedad Francesa de Derecho Internacional, Miembro de ASIL – American Society of International Law. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y expresidente del Colegio de Abogados Rosaristas.

[**] Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Miembro del Consejo Académico de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (UBA-Argentina). Miembro del Consejo Académico de la *Revista de Direito International e Direitos Humanos UFRJ*: Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Miembro del consejo directivo de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. Profesor del Curso de Formación Diplomática de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Director de la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional.

Resumen

El presente capítulo analiza la recepción y desarrollo de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, especialmente en los ámbitos de los criterios de atribución de conductas al Estado, la caracterización del hecho ilícito y su duración en el tiempo y las formas de reparación. El capítulo pretende analizar cómo la Corte ha incorporado satisfactoriamente los desarrollos de la Comisión de Derecho Internacional en la materia, pero adicionalmente ha generado desarrollos importantes en casos icónicos de su jurisprudencia, contribuyendo al desarrollo del derecho internacional.

Palabras clave: responsabilidad internacional del Estado, hechos ilícitos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional.

Abstract

This chapter analyzes the reception and development of the theory of international responsibility of the State for international wrongful acts carried out by the Inter-American Court of Human Rights in its jurisprudence, especially in the the criteria of attribution of conducts to the State, the characterization of the wrongful act and its duration over time and the forms of reparation. The chapter analyzes how the Court has satisfactorily incorporated the developments of the International Law Commission in the matter, but additionally, has generated important developments in iconic cases of its jurisprudence, contributing to the development of international law.

Keywords: international responsibility of the State, wrongful acts, Inter-American Court of Human Rights, international law.

Introducción

Este capítulo[1] discute y expone las más relevantes recepciones y desarrollos jurisprudenciales realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su aplicación e interpretación de los criterios contenidos en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (diciembre de 2001) (en adelante, Proyecto de la CDI).

El desarrollo de los criterios de la responsabilidad internacional de los Estados por parte de la Corte IDH es un ejemplo valioso y latinoamericano de varios procesos necesarios para el derecho internacional moderno.

El primero de ellos, es el diálogo jurisprudencial entre tribunales internacionales[2], en tanto los criterios del Proyecto de la CDI son en sí mismos codificaciones de normas consuetudinarias, como también de los desarrollos jurisprudenciales autoritativos[3] de tribunales interestatales clásicos como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. El diálogo y recepción por parte de la Corte IDH de principios fundamentales del derecho internacional desarrollados por estos tribunales es un proceso necesario para la coherencia del sistema internacional. En materia de responsabilidad internacional y sus normas secundarias esta recepción y evolución es profunda en la jurisprudencia de la Corte IDH, en un proceso de diálogo que en la actualidad se ha ampliado a obligaciones de carácter primario, en ocasiones como la presentada por la Opinión Consultiva OC23/17 en materia de obligaciones ambientales

---

[1] Los autores extienden su agradecimiento a María Daniela Pineda Martínez, monitora y asistente académica de la Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, por su trabajo en este capítulo en las tareas de investigación, recopilación documental y edición.

El presente capítulo es un desarrollo investigativo del documento y ponencia de ingreso como académico "Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito; la aplicación y desarrollo del proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" del profesor Ricardo Abello-Galvis en la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (2017).

[2] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "What Do We Mean When We Talk about Judicial Dialogue: Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal* 30 (2017): 89.

[3] David D. Caron, "The ILC articles on state responsibility: the paradoxical relationship between form and authority", *American Journal of International Law* 96, n.º 4 (2002): 857-873.

de los Estados en relación con los derechos humanos[4] y la posibilidad del daño transfronterizo[5].

El segundo de estos procesos conexos es el desarrollo progresivo de las normas del derecho internacional, tanto primarias como secundarias. Las normas y principios de la responsabilidad internacional han evolucionado tanto a lo largo de su proceso de identificación por la CDI, como por las respectivas invocaciones de los Estados en diferentes coyunturas emanadas de obligaciones convencionales y consuetudinarias, tanto por su aplicación como régimen general, por parte de tribunales o arbitrajes temáticos, como los presentes en escenarios del derecho internacional económico[6], pero especialmente por los tribunales regionales de derechos humanos, donde estas reglas básicas de atribución, exclusión de ilicitud y reparación han debido ser adaptadas a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Para evidenciar esta recepción y desarrollo, en el presente capítulo hemos elegido tres grandes ámbitos de la teoría de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos donde la Corte IDH no solo ha incorporado los criterios de la CDI, sino que ha realizado sus propios desarrollos: los criterios de atribución de conductas al Estado, la noción del hecho ilícito en el tiempo y los criterios de reparación como consecuencia de la ocurrencia de un daño en el contexto de un hecho internacionalmente ilícito. En tres apartados, estos desarrollos serán presentados de la mano de su codificación por la CDI en la Resolución A/56/83 y las correspondientes sentencias de la Corte IDH que desarrollan y evolucionan sus contenidos.

---

[4] Ricardo Abello-Galvis, y Walter Arévalo-Ramírez, "Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 28, n.º (2019): 217-222.

[5] M. Feria-Tinta y S. C. Milnes, "International environmental law for the 21st century: the constitutionalization of the right to a healthy environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)* 12, (2019): 43-84.

[6] Laura Victoria García Matamoros y Walter Arévalo Ramírez, "El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi)", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 17 (2017): 469-512.

Los criterios de atribución de conductas al Estado del Proyecto de la CDI en la jurisprudencia de la Corte IDH

El artículo 2 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos plantea los requisitos de este tipo de responsabilidad estatal de la siguiente manera: "Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado".

En ese sentido, es preciso mencionar que el artículo versa sobre la responsabilidad estatal derivada de acciones y también de omisiones. Adicionalmente, resalta la necesidad de un factor de atribución al Estado.

La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha implicado tanto la recepción como el desarrollo de los criterios de responsabilidad del Proyecto de la CDI. Esto se ve reflejado en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia (15 de septiembre de 2005), en el párr. 110, en el que de manera prístina se evidencia la incorporación de los criterios de la CDI en el sistema regional americano de protección de derechos humanos. Para la Corte IDH:

> El origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en "actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana", y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones[7].

[7] Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 110.

La cita profundiza las necesarias diferencias entre el derecho interno y el derecho internacional en materia de responsabilidad del Estado. Del apartado anterior se evidencia la labor de la Corte en cuanto a incorporar los elementos de la responsabilidad internacional en el sistema regional de protección de derechos humanos. Dicha tarea se logró por medio del establecimiento de los elementos constitutivos que se señalaron en el proyecto en el proceso de atribución de conductas estatales en violación de la Convención Americana, como el reconocimiento por el sistema de protección regional frente a la posibilidad de establecer responsabilidad estatal por acción u omisión[8].

Frente a la atribución de responsabilidad del Estado por hechos de terceros, el hecho de que el Estado responda por omisión es fundamento suficiente para que exista la responsabilidad del Estado por hechos que involucren a terceros en el contexto de los preceptos del Proyecto de la CDI. El artículo 8 del Proyecto señala que "se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento"[9].

En estas circunstancias, es debatible la naturaleza de esta atribución de responsabilidad como un verdadero hecho de tercero, dado que es el ente estatal quien le da la instrucción al tercero y por ende sería más una responsabilidad directa del Estado al haber habilitado por vías de hecho a un sujeto no estatal. Otra opción de atribución de conductas al Estado es el caso en que este último ejerce el control sobre el tercero, como fue desarrollado por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, en donde

---

[8] Fabián Salvioli, "Algunas reflexiones sobre la indemnización en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, 1995).

[9] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito*, artículo 8, A/RES/56/83, p. 3. Consultado enero 28, 2002, http://undocs.org/es/A/RES/56/83

se estableció como requisito para la responsabilidad de los Estados Unidos el que se encontrara demostrado el control efectivo de las operaciones[10].

En suma, no existe claridad sobre la posibilidad de endilgar responsabilidad del Estado por terceros en el ámbito internacional, puesto que pareciese que es una forma más de responsabilidad directa del Estado por el hecho internacionalmente ilícito que le es atribuido por sus omisiones, o por el control o instrucción de agentes no estatales[11].

El artículo 9 del Proyecto de la CDI en materia de atribución indica lo siguiente: "Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones"[12].

De acuerdo con estas premisas, en la hipótesis en que se busque atribuir responsabilidad al Estado por un tercero por ejercer funciones de poder público en aprovechamiento de la ausencia estatal, el Estado resultaría respondiendo en la medida en que permitió, con un vacío de control efectivo del territorio, que sus funciones fueran ejercidas por otro.

Resulta importante diferenciar el supuesto del artículo 9 del artículo 10 del Proyecto. Esto, en la medida en que —como lo explica el relator especial de la CDI— "es preciso destacar que los particulares a que se refiere el artículo 9 no son el equivalente de un gobierno *de facto*". En ese sentido, los gobiernos *de facto* atienden más al artículo 10 por cuanto se trata de "un aparato del Estado que ha sustituido al que antes existía"[13].

El artículo 10 del Proyecto —en su numeral primero— hace referencia a los insurrectos de la siguiente manera: "Se considerará hecho del Estado

---

[10] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986*, pp. 62, 64 y 65, párrs. 109 y 115.

[11] Antonio, Cassese, "The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia", *European Journal of International Law* 18, n.º 4 (2007): 649-668.

[12] Asamblea General de las Naciones Unidas; *Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito*, artículo 8, A/RES/56/83, p. 3. Consultado enero 28, de 2002, http://undocs.org/es/A/RES/56/83

[13] Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales 56º período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/56/10), p. 99.

según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado"[14].

El numeral segundo del artículo 10 del Proyecto menciona que "el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional".

Los anteriores numerales del artículo 10 diferencian entre las conductas cometidas por los denominados insurrectos y las conductas de los Estados. Es preciso hacer claridad en el supuesto en que el grupo tome el poder y logre constituirse en el gobierno efectivo del Estado o formar uno nuevo; en tal ocasión, la responsabilidad pasará al marco internacional de la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito y escapará al ámbito de la responsabilidad individual de carácter interno que se predica sobre estos insurrectos en los órdenes nacionales.

Los criterios anteriormente señalados y la teoría general de la atribución de conductas de agentes y sujetos al Estado para establecer su responsabilidad internacional se ven repensados y ampliados en el contexto de la violación de obligaciones internacionales relativas a derechos humanos. En este caso, los hechos cometidos, ya sea por un grupo insurrecto o por un gobierno nuevo que se establezca tras un conflicto interno, con una corriente ideológica distinta a la del gobierno de turno, darán paso a la responsabilidad del Estado. Esto se fundamenta en tanto existe una obligación por parte del Estado de garantizar la protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos que —sin importar el grupo político del gobierno— se encuentren en el territorio, una obligación expresada de forma taxativa como la obligación de garantía (complementaria a la obligación de respeto) en los tratados regionales de derechos humanos[15].

---

[14] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito*, artículo 8, A/RES/56/83, p. 3. Consulado enero 28, 2002, http://undocs.org/es/A/RES/56/83

[15] Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Moller, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano", *Estudios Constitucionales* 10.2 (2012): 141-192.

Frente a este punto se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en desarrollo de la continuidad del Estado frente a los cambios ideológicos de la institucionalidad y de gobierno; ejemplo de ello es el párrafo 184 de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez:

> Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron[16].

Adicionalmente establece que:

> Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

[16] Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 184.

El extracto anterior es ejemplo de la protección reforzada que los regímenes regionales han logrado en materia de derechos humanos, entendidos ellos no solo como obligaciones estatales convencionales, sino como garantías fundamentales que vinculan al Estado frente a sus individuos. La obligación de garantía extiende las premisas de atribución y responsabilidad del Estado de cara a la convención americana[17].

En el caso de la Masacre de Mapiripán se reitera dicha posición en el párrafo 111, de la siguiente manera:

> dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Parte en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención[18].

El hecho internacionalmente ilícito y su duración en el tiempo en el Proyecto de la CDI y su desarrollo por la Corte IDH frente a complejas violaciones de derechos humanos

El Proyecto de la CDI estableció también criterios relativos a la existencia y duración del hecho ilícito en el tiempo, que son necesarios

---

[17] Anthony P. Ewing, "Establishing state responsibility for private acts of violence against women under the American Convention on Human Rights", *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 26 (1994): 751.

[18] Caso de la "Masacre de Mapiripán" c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 111.

tanto para la invocación de la responsabilidad internacional por parte del Estado lesionado, como para la existencia misma del hecho ilícito por su necesidad de coincidir, en el momento o lapso en el que ocurra, con una obligación vinculante para el Estado[19].

La principal consideración en la materia en el proyecto se encuentra en el artículo 14, que establece distintos tipos de hecho ilícito en relación con su duración en el tiempo[20] y que, a su vez, complementan el criterio de omisión del Estado desarrollado en el acápite anterior. En este contexto, el artículo 14 indica que:

> Artículo 14: Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional.
> 1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.
> 2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.
> 3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

La implementación por parte de la Corte IDH del criterio del hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo ha sido ejemplificadora y producto de su recurrente enfrentamiento con una de las conductas más graves cometidas por los Estados latinoamericanos en violación de los

---

[19] Patrick Dumberry, "The consequences of Turkey being the 'Continuing' state of the Ottoman Empire in terms of international responsibility for internationally wrongful acts", *International Criminal Law Review* 14, n.º 2 (2014): 261-273.

[20] Joost Pauwelyn, "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", *The British Year Book of International Law* 66, n.º 1 (1996): 415.

derechos humanos de la región, la desaparición forzada, como crimen frente al orden interno y como violación de los derechos y garantías del Pacto de San José.

En su análisis de la desaparición forzada[21], tanto para materias de competencia, responsabilidad como de reparaciones, la Corte IDH ha tenido que desarrollar a profundidad el carácter continuo en el tiempo de esta violación de los derechos humanos. En el caso Radilla Pacheco *vs.* México, la Corte explicitó esta naturaleza de carácter continuo y sus consecuencias jurisdiccionales y de fondo:

> En tal sentido, el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal en el presente caso. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el *corpus juris* de protección tanto interamericano como internacional. En el mismo sentido: Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 87; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 68[22].

Allí la Corte desarrolla esa difícil noción de que la desaparición forzada sea tanto un conjunto de hechos, como un hecho ilícito que se extiende en el tiempo y todos sus puntos temporales deben ser considerados de cara al establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado

---

[21] Carlos María Pelayo Moller, "El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 12 (2012): 959-1021.

[22] Caso Radilla Pacheco *vs.* México. Excepciones Preliminares, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2009, 146.

por hechos ilícitos, no solo afectando el asunto jurisdiccional, relativo a la existencia de la obligación internacional al momento de la violación, sino también la gravedad de la reparación.

En el mismo ámbito, en el caso González Medina y Familiares *vs*. República Dominicana, la Corte IDH estableció:

> 175. Esta Corte recuerda que al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima. El análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana[23].

Formas de reparación en el marco del Proyecto de la CDI y su expansión, la jurisprudencia de la Corte IDH

En el caso de la *Fábrica de Chorzów*, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional, se hizo referencia a la reparación de la siguiente manera: "constituye un principio de derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en forma debida"[24]. Dicho concepto se mantiene vigente en la actualidad, gracias al uso que la Corte Internacional de Justicia le ha dado[25].

Con esta finalidad, en la reconstrucción y codificación de la responsabilidad por parte del Proyecto de la CDI se plantearon las siguientes formas de reparación: en primera medida, la restitución o regreso al *statu quo*

---

[23] Caso González Medina y Familiares *vs*. República Dominicana. Excepciones Preliminares, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de febrero de 2012.

[24] *Fábrica de Chorzów, (Alemania c. Polonia)*, CPJI, Recueil des Arrêts, Serie A n.º 9, Decisión sobre Competencia del 26 de julio de 1927, p. 21.

[25] Ver *La Grand (Alemania c. Estados Unidos de América)*. (Fondo), sentencia del 27 de junio de 2001, párr. 47.

ante; por otra parte, la indemnización (que podrá acompañar o preferirse a la restitución) y la satisfacción. Frente a esta última, cabe mencionar que la satisfacción siempre está presente sin importar el mecanismo de reparación en la medida en que el derecho internacional actual demanda ir más allá del criterio de la valoración monetaria del daño, para garantizar la reparación plena a la víctima con medidas que incluyan la muestra de arrepentimiento del Estado.

El relator especial de la CDI, James Crawford, impulsó la modificación de los artículos referentes a la reparación a lo largo de la redacción del proyecto, en el sentido en que ya no aparecieran estas modalidades como un derecho del Estado lesionado, sino como una obligación del Estado responsable[26]. Lo anterior permite que el asunto de la reparación salga de la órbita del Estado lesionado para pasar a una medida al alcance del juez en el momento del fallo, lo cual permite una mayor garantía para el Estado que sufrió el perjuicio y, en el contexto de la Corte IDH, un mayor control sobre las formas de reparación de las víctimas, que justamente serán luego objeto de la vigilancia de la efectividad de las sentencias del Sistema Interamericano.

El artículo 35 del Proyecto, plantea la restitución de la siguiente manera:

> El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización[27].

La norma plantea los dos criterios para tener en cuenta en el momento de la reparación. En primer lugar, está la posibilidad objetiva de restituir.

---

[26] James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État, Introduction, textes et commentaires*, (París: Pedone, 2003), 383.

[27] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito*, artículo 35, A/RES/56/83, p. 8. Consultado enero 28, 2002, http://undocs.org/es/A/RES/56/83

En este punto se requiere que no se hubiese presentado una destrucción total del bien o circunstancia a restituir, o que, en caso de ser parcial, la idea de restituir no sea ineficaz. No obstante, se debe hacer hincapié en la complejidad de las afectaciones generadas cuando se vulnera un derecho humano y las dificultades de lograr su plena reparación por vía de restitución. Esto, en la medida en que las vulneraciones de derechos humanos generan un daño moral o psicológico en donde es difícil llegar al estado anterior de cosas que inspira el criterio de restitución cuando es aplicado a obligaciones interestatales. En segundo lugar, para la CDI es necesario que la restitución no sea desproporcionada ni muy gravosa, mostrando que este criterio fue construido tanto desde la perspectiva del Estado lesionado como la del Estado que cometió el hecho ilícito.

Ahora bien, poniendo al artículo 35 en su literal b, en el marco de los derechos humanos, resulta preciso adaptar lo allí planteado a la luz de la reparación plena a la que tienen derecho las víctimas y entendiendo que esta supuesta gravosidad de la reparación no puede ser entendida como un límite que los Estados puedan invocar para evadirse de reparaciones significativas a quienes son víctimas reconocidas por el sistema, como lo demanda el artículo 63 de la Convención Americana.

Al respecto, en el caso Velásquez Rodríguez la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que

> la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral[28].

La Corte IDH se ha caracterizado por seguir los parámetros generales del derecho internacional en temas de reparación. Bajo esa óptica, y considerando el artículo 31 del Proyecto[29] que hace alusión a los daños

---

[28] Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte IDH, (Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 26.

[29] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por el hecho*

materiales y morales, la Corte IDH considera que la restitución es un criterio de reparación.

La segunda forma de reparación es la indemnización. Esta es desarrollada en el artículo 36 del Proyecto de la siguiente forma: "1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado".

En el caso *Gabčikovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia retomó la definición de indemnización que la Corte Permanente de Justicia Internacional había planteado en el caso de la *Fábrica de Chorzów*, la cual indica que la indemnización "es una norma firmemente establecida de derecho internacional que el Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito por el daño causado por ese hecho"[30]. En ese mismo sentido, la indemnización, cuando no se acompaña de otras medidas, excluye el daño moral en tanto es la reparación del daño "susceptible de evaluación financiera"[31].

Frente al tema, la Corte IDH planteó desde su primer caso, Velásquez Rodríguez, que la expresión "justa indemnización" del artículo 63.1 del Pacto de San José debe mirarse a la luz del carácter compensatorio y no sancionatorio. Así mismo, la Corte IDH ha mencionado que "algunos tribunales [los anglosajones] fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en

---

internacionalmente ilícito, artículo 35, A/RES/56/83 (enero 28, 2002), 8. http://undocs.org/es/A/RES/56/83

[30] *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovaquia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 81, párr. 152. Ver también: Asamblea General; Documentos Oficiales, 56° período de sesiones, Suplemento n.° 10 (A/56/10), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Nueva York, 2001, p. 259, párr. 2 y, *Fábrica de Chorzów*, *(Alemania c. Polonia)*, CPJI, Recueil des Arrêts, Serie A n.° 17, Decisión sobre el fondo del 13 de septiembre de 1928, p. 29.

[31] Asamblea General, Documentos Oficiales, 56° período de sesiones, Suplemento n.° 10 (A/56/10), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Nueva York, 2001, p. 259, párr. 1.

el estado actual del derecho internacional"[32]. De esto, se puede afirmar que la Corte IDH no niega la posibilidad de otorgar este tipo de indemnizaciones en el futuro[33]. Igualmente, se muestra la persistencia de la Corte en cuanto a que "toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo"[34].

Así mismo, la Corte Interamericana ha asegurado que el artículo 63.1 de la Convención Americana reproduce "el texto de una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados"[35], en tanto considera la indemnización como mecanismo de reparación. Esto fue afirmado en casos tales como el caso Velásquez Rodríguez, el caso Barrios Altos contra Perú, el caso Chocrón, Díaz Peña y Uzcátegui y otros contra Venezuela y el caso Andrade Salmón c. Bolivia.

Respecto a este punto, el autor Christian Tomuschat refuta lo indicado por la Corte Interamericana en el sentido de que no es posible que dicha norma sea consuetudinaria en el marco del Sistema Interamericano, en el entendido de que refiere una relación entre estados, la cual es inexistente en este tipo de casos contenciosos de los que conoce la Corte IDH[36].

En suma, la Corte Interamericana considera que lo referente a la responsabilidad estatal internacional hace parte de la costumbre internacional y por ende es vinculante. Esto, teniendo en cuenta el artículo

---

[32] Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte IDH, (Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 38.

[33] Laura Victoria García-Matamoros y Walter Arévalo-Ramírez, "Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el *common law*, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional", *Revista de Derecho Privado* 37 (2019): 215-249.

[34] Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte IDH, (Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 25.

[35] Caso Barrios Altos c. Perú, Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 22 de septiembre de 2005. Chocrón Díaz Peña y Uzcátegui y otros c. Venezuela, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, 22 de noviembre de 2016, párr. 3. Andrade Salmón c. Bolivia, Corte IDH, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de diciembre de 2016, párr. 188.

[36] Christian, Tomuschat, "Human Rights, between idealism and realism", (Oxford: Oxford University Press, 2010), 362 y 363.

38.1 b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que consagra a la costumbre como fuente del derecho internacional.

Resulta interesante el aporte de la Corte Interamericana por cuanto no se queda en la interpretación westfaliana del derecho internacional que se reduce a las relaciones interestatales, sino que va más allá consagrando a las víctimas como individuos en el marco de la violación de derechos humanos.

La tercera y final forma de reparación es la satisfacción. Esta fue descrita en el artículo 37 del Proyecto así:

> El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

En el caso Velásquez Rodríguez, la Corte expande la interpretación del artículo 63.1 del Pacto de San José para admitir "otras formas de reparación". En este sentido, afirma que medidas como la investigación, el castigo de los responsables, una declaración pública de la reprobación de los hechos, reivindicar la memoria de la víctima, entre otras, "formarían parte de la reparación de las consecuencias"[37].

El mecanismo de reparación a través de la satisfacción empezó a incluirse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el caso Alobotoe. Allí, la Corte emite una orden al Estado de Surinam de garantizar una "enseñanza adecuada y una asistencia médica básica", frente a los herederos menores de edad de las víctimas[38].

En la actualidad, el mencionado tribunal sigue citando los párrafos 25 y 27 de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez. A esto ha adicionado

---

[37] Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte IDH, (Reparaciones y Costas), sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 33.

[38] Caso Aloebotoe y otros c. Surinam, Corte IDH, (Reparaciones), sentencia del 10 de septiembre de 1993, párr. 96.

elementos importantes a las reparaciones, como en el caso Acosta: "toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado"[39].

La labor de la Corte Interamericana debe resaltarse por cuanto, como lo indica Karine Boneau[40], se ha centrado en la inclusión y desarrollo de la satisfacción incluyendo en este mecanismo "el derecho a la verdad"[41] y "el derecho a la justicia". Este último fue un elemento trascendental en el caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia[42] y el Caracazo contra Venezuela[43].

Adicionalmente, la Corte Interamericana ha planteado otros mecanismos de satisfacción, tales como: i) la búsqueda de personas desaparecidas, así como la identificación y la restitución de los cuerpos de las víctimas[44], ii) acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional, iii) rehabilitación moral y simbólica de las víctimas, iv) eliminación de los antecedentes penales de las víctimas, v) garantías estatales de seguridad para los habitantes desplazados que quieran regresar[45], vi) suministro de

---

[39] Caso Acosta y otros c. Nicaragua, Corte IDH, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 25 de marzo de 2017, párr. 209.

[40] Karine Bonneau, "La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme en matière de droit a reparation des victimes de violations des droits de l'Homme", en *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, 370-375, editado por L. Hennebel, (París: Pedone, 2009), 370-375.

[41] Caso "Masacre Plan de Sánchez" c. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, (Reparaciones), párr. 97 y Caso de la "Masacre de Mapiripán" c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 297, entre otros casos.

[42] Caso de la "Masacre de Mapiripán" c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 298.

[43] Caso del Caracazo c. Venezuela, (Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de agosto de 2002, párr. 115.

[44] Caso de la "Masacre de Mapiripán" c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 306. Caso de la "Masacre de Pueblo Bello" c. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 272 y 273.

[45] Caso de las masacres de Ituango c. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 404.

bienes y prestación de servicios básicos[46], vii) la traducción de la Sentencia al idioma de la comunidad indígena cuando esta es víctima[47], viii) elaboración de una placa o ix) la creación de una beca[48].

En el caso contra Colombia ante la Corte Interamericana conocido como el caso Yarce, la Corte ordenó varias medidas de satisfacción, dentro de las cuales estuvo: i) la publicación de la sentencia en un medio de circulación nacional y ii) la realización de un "acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional por las violaciones declaradas en esta sentencia […] El acto deberá ser realizado en una ceremonia pública, con la presencia de altas autoridades del Estado y de todas las víctimas que quisieren asistir"[49]. En casos como el de los desaparecidos del Palacio de Justicia[50], la Corte ordenó la elaboración de un documental.

Algo que resulta interesante es cómo la Corte Interamericana ha tratado el mecanismo de rehabilitación de manera independiente de las medidas de satisfacción. Esto es reflejo de la postura de la Corte en cuanto a la existencia de un nuevo método de "daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria"[51]. Tal es el caso Duarte contra Colombia, en el que el tribunal afirmó que la ayuda psicológica y la afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social son consideradas como medidas de rehabilitación. Los sustanciales esfuerzos de la Corte Interamericana por desarrollar otros mecanismos de reparación se han visto principalmente en los casos en que se involucra población indígena, un esfuerzo poco replicado en el escenario del derecho internacional general.

---

[46] Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 230.

[47] Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2004, (Reparaciones), párr. 102.

[48] Caso Valle Jaramillo y otros c. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 227.

[49] Caso Yarce y otras c. Colombia, Corte IDH, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 345.

[50] Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia, Corte IDH, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 579.

[51] Caso Duque c. Colombia, Corte IDH, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 202 y 203.

Conclusión

La jurisprudencia analizada evidencia que la Corte IDH ha realizado de manera efectiva y auténtica un ejercicio de incorporación y desarrollo de la teoría clásica de la responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito. En materia de criterios de atribución de conductas al Estado, la noción del hecho ilícito en el tiempo y los criterios de reparación como consecuencia de la ocurrencia de un daño en el contexto de un hecho internacionalmente ilícito, la Corte IDH ha sido sistemática y constante en incorporar las codificaciones del Proyecto de la CDI, pero a su vez las ha adaptado a las realidades de la protección y garantía de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de derechos humanos, bien sea reconfigurando las posibilidades de atribución de conductas al Estado por vía de omisión, cambio de gobierno o falta al deber de garantía, expandiendo las necesidades de la reparación a las particularidades de la región como el refuerzo del criterio de satisfacción, o adaptando las características de los hechos ilícitos a las realidades del sistema, como la complejidad temporal de la desaparición forzada.

Bibliografía

Abello-Galvis, Ricardo y Arévalo-Ramírez, Walter. "Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection". *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 28, n.º 2 (2019): 217-22.

Abello-Galvis, Ricardo. "Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito; la aplicación y desarrollo del proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 366 (2017): 211-215.

Advisory Opinion 23, Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), 2019, 12.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, A/RES/56/83, enero 28, 2002. http://undocs.org/es/A/RES/56/83

Bonneau, Karine. "La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme en matière de droit a reparation des victimes de violations des droits de l'Homme". En *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, 370-375, editado por L. Hennebel. París: Pedone, 2009.

Caron, David D. "The ILC articles on state responsibility: the paradoxical relationship between form and authority". *American Journal of International Law* 96.4 (2002): 857-873.

Caso Acosta y otros c. Nicaragua, Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de marzo de 2017.

Caso Aloebotoe y otros c. Surinam, Corte IDH. Reparaciones, sentencia del 10 de septiembre de 1993.

Caso Andrade Salmón c. Bolivia, Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de diciembre de 2016.

Caso Barrios Altos c. Perú, Corte IDH. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 22 de septiembre de 2005.

Caso Chocrón, Díaz Peña y Uzcátegui y otros c. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, 22 de noviembre de 2016.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Caso de las masacres de Ituango c. Colombia. Sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 404.

Caso del Caracazo c. Venezuela. Sentencia del 29 de agosto de 2002, (Reparaciones y Costas).

Caso Duque c. Colombia, Corte IDH. Sentencia de 26 de febrero de 2016, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso González Medina y Familiares *vs*. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012.

Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004.

Caso Radilla Pacheco *vs*. México. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. 146.

Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia, Corte IDH, Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Valle Jaramillo y otros c. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte IDH. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989.

Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Caso Yarce y otras c. Colombia, Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 345.

Cassese, Antonio. "The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia". *European Journal of International Law* 18, n.º 4 (2007): 649-668.

Crawford, James. *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, Introduction, textes et commentaires*. París: Pedone, 2003.

Dumberry, Patrick. "The consequences of Turkey being the 'Continuing'state of the Ottoman Empire in terms of international responsibility for internationally wrongful acts". *International Criminal Law Review* 14, n.º 2 (2014): 261-273.

Ewing, Anthony P. "Establishing state responsibility for private acts of violence against women under the American Convention on Human Rights". *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 26 (1994): 751.

Fábrica de Chorzów, (Alemania c. Polonia), CPJI, Recueil des Arrêts, Serie A, n.º 9, Decisión sobre Competencia del 26 de julio de 1927.

Feria-Tinta, M. y Milnes, S. C., "International environmental law for the 21st century: the constitutionalization of the right to a healthy environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 12, (ACDI), 2019, 43-84.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María. "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: análisis del artículo 1° del pacto de

San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano". *Estudios Constitucionales* 10.2 (2012): 141-192.

Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovaquia), Judgment, ICJ. Reports 1997.

García-Matamoros, Laura Victoria y Arévalo-Ramírez, Walter. "Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el Common Law, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional". *Revista de Derecho Privado* 37 (2019): 215-249.

LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América), Fondo, Sentencia del 27 de junio de 2001.

Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. "What Do We Mean When We Talk about Judicial Dialogue: Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights". *Harvard Human Rights Journal* 30 (2017): 89.

Matamoros García, Laura Victoria y Arévalo-Ramírez, Walter. "El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi)". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 17 (2017): 469-512.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J., Reports 1986.

Pauwelyn, Joost. "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems". *The British Year Book of International Law* 66.1 (1996): 415.

Pelayo Moller, Carlos María. "El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 12 (2012): 959-1021.

Salvioli, Fabián. "Algunas reflexiones sobre la indemnización en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos (1995).

Tomuschat, Christian. "Human Rights, between idealism and realism". Oxford: Oxford University Press, 2010.

Este libro fue compuesto en caracteres
Adobe Garamond 11,5 puntos, en el año 2020,
Bogotá, D. C., Colombia.

Este libro es producto de la investigación de diversas inquietudes, de veintidós investigadores de diez países iberoamericanos, en torno a los desarrollos jurisprudenciales y los debates contemporáneos del derecho internacional en materia derecho internacional penal, derecho internacional humanitario, justicia transicional y las necesidades cambiantes de su protección y desarrollo en el contexto de la globalización.

Esta investigación se instala en el contexto de una comunidad epistémica que se ha ido consolidando alrededor de las mesas temáticas que anualmente se reúnen en el Congreso Nacional de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario que, con el apoyo del *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, el Instituto Iberoamericano de La Haya, la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y el Colegio de Abogados Rosaristas, se ha consolidado como el epicentro de grandes debates y promotor de investigaciones en favor del desarrollo hemisférico del derecho internacional.

Universidad del Rosario | Colegio de Abogados Rosaristas

ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional

ANIDIP

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA IIH PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

RELAREDI
Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional
Latin American Network of International Law Journals
Société latino-américaine des revues de droit international

ACCOLDI ACADEMIA COLOMBIANA DE DERECHO INTERNACIONAL

PIJ Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia